

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 257

Bern, 21. August 2018

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Hurni und Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiber Klaus

Verfahrensbeteiligte

A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B._____
Beklagte 2/Beschwerdeführerin

gegen

C._____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. D._____
Beklagte 1

E._____
vertreten durch Rechtsanwalt F._____
Klägerin/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Sistierung des Verfahrens nach Neueinreichung der Klage
gemäss Art. 63 ZPO

Beschwerde gegen die Verfügung des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 4. bzw. vom 18. Mai 2018 (CIV 18 2582)



Regeste:

Art. 63 und 126 ZPO. Sistierung nach Neueinreichung der Klage gemäss Art. 63 ZPO bei einem Nichteintretensentscheid bezüglich einzelner Parteien

- Es herrscht Unklarheit über den Beginn des Fristenlaufs bei eingelegten Rechtsmitteln ohne aufschiebende Wirkung (E. 19.1). Es ist zulässig, die Klage gemäss Art. 63 ZPO vor einem verfahrensabschliessenden Nichteintretensentscheid des Erstgerichts am für zuständig gehaltenen Gericht neu einzureichen (E. 19).
- Bei einem Nichteintretensentscheid des Erstgerichts bezüglich einzelner Parteien hat die Klägerin die ursprüngliche Klage unverändert (in einer dem Original entsprechenden Kopie) beim für zuständig gehaltenen Gericht nochmals einzureichen, mit der Spezifizierung im Begleitschreiben, gegen wen sich die Klage neu richte, gegebenenfalls unter Angabe der Passagen, welche die nunmehr Beklagte(n) nicht betreffen (E. 20)

Erwägungen:

I.

1. E._____ (Klägerin, Beschwerdegegnerin) erlitt zwei verschiedene Verkehrsunfälle, den ersten im Jahre 2005, den zweiten im 2008. Sie wurde dadurch in ihrer Gesundheit beeinträchtigt und macht Haftpflichtansprüche geltend (Klage S. 6 ff., pag. 13 ff.).
2. Die A._____ AG (Beklagte 2, Beschwerdeführerin) war die Haftpflichtversichererin der Beteiligten am ersten Unfall (Klagebeilage [KB] 6), die C._____ AG (Beklagte 1) offensichtlich diejenige der Beteiligten am zweiten Unfall. Die A._____ AG hat ihren Sitz in Bern (KB 4), die C._____ AG in Winterthur (KB 3).
3. Die Klägerin ist der Meinung, dass die beiden Versicherer gestützt auf Art. 60 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) solidarisch haften und nur eventualiter je einzeln. Die Ansprüche gegen beide Versicherer müssten von einem einzigen Gericht beurteilt werden, weil ihre Beschwerden auf beide Unfälle zurückzuführen seien. Medizinisch sei es nicht möglich, die bestehenden Beschwerden einem der beiden Unfälle zuzuordnen; der zweite Unfall habe die Beschwerden aus dem ersten verstärkt (Klage S. 22, pag. 45). Prozessual beruft sie sich auf Art. 15 der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Streitgenossenschaft).
4. Die Klägerin klagte am 3. Juli 2017 vor dem Bezirksgericht Winterthur sowohl gegen die C._____ AG wie auch die A._____ AG auf Genugtuung (Teilklage). Die materiellen Anträge lauteten wie folgt:

1. Die Beklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung im Umfang von je 40'000 CHF zuzüglich Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2005 bzw. dem 11. Juni 2008 zu bezahlen.
 2. Eventualiter sei die Beklagte 1 zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung im Umfang von CHF 40'000.00 zuzüglich Zins zu 5% ab dem 11. Juni 2008 zu bezahlen.
 3. Eventualiter sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung im Umfang von CHF 40'000.00 zuzüglich Zins zu 5% ab dem 11. Juni 2008 zu bezahlen.
5. Die A._____ AG schloss auf Nichteintreten infolge örtlicher Unzuständigkeit. Das Bezirksgericht Winterthur gab ihr am 21. März 2018 recht und trat auf die Klage gegen sie nicht ein (KB 29).

Die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Winterthur in Bezug auf die Klage gegen die C._____ AG ist unbestritten, das Verfahren wird weitergeführt (Stellungnahme der C._____ AG vom 25. Juni 2018 S. 2, pag. 147).

6. E._____ reichte am 30. April 2018 ihre ursprüngliche Klage vom 3. Juli 2017 gestützt auf Art. 63 ZPO beim Regionalgericht Bern-Mittelland neu ein, während sie gleichzeitig gegen den Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichts Winterthur Berufung erhob. In ihrem Begleitbrief an das Regionalgericht Bern-Mittelland hielt sie fest (pag. 1):

Anbei reiche ich Ihnen die Klage vom 3. Juli 2017 gestützt auf Art. 63 ZPO neu ein. (...) Selbstverständlich halten wir weiter an der Zuständigkeit des Bezirksgerichts Winterthur fest. Das Gutachten der UMEG geht auf S. 33 ff. davon aus, der Gesundheitszustand sei die Folge *beider* [Hervorhebung im Original] Unfälle (...). Aus diesem Grund hängt das Urteil beim Regionalgericht Bern-Mittelland *vom Urteil gegen die G._____* ab [eigene Hervorhebung], weshalb ich Sie ersuche, das Verfahren nach Art. 126 ZPO zu sistieren.

Damit beantragte die Klägerin die Sistierung des Verfahrens in Bern bis zum Vorliegen eines materiellen Entscheids im bereits vor Bezirksgericht Winterthur hängigen Verfahren gegen die C._____ AG (vormals G._____).

7. Der Gerichtspräsident bestätigte den Eingang der Klage und sistierte das Verfahren bis auf weiteres (Verfügung vom 4. Mai 2018, pag. 61 ff.).
8. Die A._____ AG ersuchte um die Begründung der Sistierungsverfügung und beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten (pag. 71 ff.).
9. Der Gerichtspräsident begründete seinen Sistierungsentscheid am 18. Mai 2018 wie folgt (pag. 83 ff.):

In der Eingabe vom 30. April 2018 beantragte die Klägerin, das von ihr gleichentags hängig gemachte Klageverfahren (Klage vom 3. Juli 2017) sei zu sistieren. Von einer Zustellung dieser Klage an die Beklagten wurde bisher abgesehen. Bei diesem Verfahrensstand steht es im Belieben der Klägerin, ob und in welcher Form sie gegebenenfalls den Prozess weiterführen will oder auch nicht; eine Fortsetzungslast trifft sie zum jetzigen Zeitpunkt nicht. Vor diesem Hintergrund ist keine Interesse seitens der Beklagten erkennbar, dass [sic!] einer Sistierung entgegenstehen könnte. Sie sind vor der Zustellung der Klage weder beschwert noch haben sie beim jetzigen Verfahrensstand ein rechtlich schützenswertes Interesse an einer zügigen Durchführung des

Klageverfahrens (Art. 124 ZPO). Aus der eingereichten Kopie der Klage vom 3. Juli 2017 ergibt sich, dass eine inhaltlich identische Klage bereits vor dem Bezirksgericht Winterthur hängig ist. Bis über diese Klage entschieden worden ist, steht der beim Regionalgericht Bern-Mittelland eingereichten Klage die Litispendenz des früher eingeleiteten Verfahrens entgegen, wobei die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Winterthur anscheinend umstritten ist. Dies rechtfertigt es, das Klageverfahren vorderhand zu sistieren, bis das Bezirksgericht Winterthur über seine Zuständigkeit entschieden hat.

Die Sistierung befristete er vorderhand bis 31. Dezember 2018.

10. Gegen die Sistierungsverfügung («gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten Regionalgericht Bern-Mittelland vom 4. [mit im Dispositiv abweichender Begründung vom 18.] Mai 2018») erhob die A._____ AG am 31. Mai 2018 (Postaufgabe am gleichen Tag) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern und stellte die folgende Rechtsbegehren: Die Sistierungsverfügung der Vorinstanz vom 4. Mai 2018 sei aufzuheben (RB 1) und es sei auf die Klage gegen die Beschwerdeführerin nicht einzutreten, eventuell, die Vorinstanz sei anzuweisen, auf die Klage vom 30. April 2018 nicht einzutreten (RB 2); unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin (pag. 103).
11. Der Vorrichter liess sich nicht vernehmen (pag. 143), die Beklagte 1 verzichtete auf einen Antrag (pag. 145 ff.), während die Beschwerdegegnerin auf Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde schloss (pag. 159 ff.).
12. Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 7. Juli 2018 (Postaufgabe 8. Juli 2018) ihre Kostennote zu den Akten (pag. 217 ff.). Die Beschwerdegegnerin replizierte unaufgefordert mit Schreiben vom 10. Juli 2018 und gab ebenfalls ihre Kostennote zu den Akten (pag. 221 ff.). Die Beklagte 1 reichte mit Schreiben vom 11. Juli 2018 ihre Kostennote nach (pag. 229 ff.).
13. Mittlerweile hat das Obergericht des Kantons Zürich die Berufung der Beschwerdegegnerin abgewiesen (Entscheid vom 11. Juli 2018, LB180020-O/U, pag. 243 ff.). Die Frist für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ist noch nicht abgelaufen.

II.

14. Das Obergericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 60 ZPO).
- 14.1 Angefochten wird eine prozessleitende Verfügung betreffend Sistierung des Verfahrens. Gegen die Anordnung einer Sistierung kann gestützt auf Art. 126 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 ZPO Beschwerde erhoben werden.
- 14.2 Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen sind bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO).

- 14.3 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gestützt auf Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) i.V.m. Art. 319 Bst. b Ziff. 1 sowie Art. 126 Abs. 2 ZPO örtlich, sachlich und funktionell zuständig.
- 14.4 Die Urteilsfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
- 14.5 Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Diese lege nicht dar, inwiefern ihr aus der Sistierung des Verfahrens ein konkreter, aktueller und praktischer Nachteil erwachse. Die Beschwerdeführerin werde durch die Sistierung vor Zustellung der Klage nicht weiter mit Rechtsschriften belastet.
- 14.5.1 Dass ein grundsätzliches Interesse an der Beurteilung eines Sistierungsentscheides besteht, zeigt sich allerdings bereits daran, dass gegen eine auf einseitigen Antrag verfügte Sistierung Beschwerde geführt werden kann (Art. 126 Abs. 2 ZPO; vgl. Entscheid der 2. Zivilkammer vom 24. Januar 2018, ZK 17 581, E. 5 f.). Es genügt, dass die beklagte Partei einen grundsätzlichen Anspruch auf beförderliche Behandlung der gegen sie gerichteten Klage hat. Eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils bedarf es nicht.
- 14.5.2 Die Beschwerdeführerin verfügt somit über ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Beschwerde.
- 14.6 Da prozessleitende Verfügungen jederzeit abgeändert werden können, ist für die Sistierung die Verfügung vom 18. Mai 2018 massgebend. Soweit die am 4. Mai 2018 verfügte «Sistierung bis auf weiteres» angefochten werden sollte, besteht daran kein Rechtsschutzinteresse.
- 14.7 Die Vorinstanz sistierte das bei ihr anhängig gemachte Verfahren bis zu einem Zeitpunkt, welcher bei Erlass ihrer Verfügung bereits verstrichen war, nämlich dem Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur über seine Zuständigkeit (pag. 85). Es darf allerdings davon ausgegangen werden, dass der Vorrichter keine inhaltslose Verfügung erlassen wollte. Es gehen offensichtlich auch die Parteien davon aus, dass das Verfahren durch die Verfügung vom 18. Mai 2018 bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Eintretensfrage sistiert werden soll. Bei der Frist vom 31. Dezember 2018 handelt es sich um eine Kontrollfrist.
- 14.8 Mit der Beschwerde können gemäss Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.
- Die Beschwerdeführerin erhebt zulässige Rügen.
15. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

III.

16. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst Verletzungen des rechtlichen Gehörs.
- 16.1 Soweit sie bemängelt, dass sie keine Akteneinsicht erhalten habe, ist darauf hinzuweisen, dass Akteneinsicht möglich gewesen wäre und sie darauf verzichtet hat (vgl. pag. 99). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist diesbezüglich folglich nicht ersichtlich.
- 16.2 Weiter macht sie geltend, dass ihr vor der Sistierung vom 4. Mai 2018 keine Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt worden sei.
- 16.2.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Wird er verletzt, führt dies ohne Prüfung der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197 mit Hinweis).

Art. 126 Abs. 1 ZPO, der die Sistierung des Verfahrens regelt, sagt nichts zur Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Entscheid. Es sind demnach die allgemeinen Grundsätze gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO anzuwenden, welche dem Normgehalt von Art. 29 Abs. 2 BV entsprechen (Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2016 vom 8. November 2016 E. 2.1 mit Hinweis). Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar beim Erlass eines Entscheids, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Zum Gehörsanspruch gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190; 127 I 54 E. 2b S. 56 mit Hinweis).

Die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem (positiven) Sistierungsentscheid zumisst, zeigt sich darin, dass ausdrücklich die Beschwerdemöglichkeit eingeräumt wird (Art. 126 Abs. 2 ZPO); von besonderer Tragweite ist der Entscheid, weil eine Sistierung im Konflikt mit dem Beschleunigungsgebot steht und damit das verfassungsmässige Verbot der Rechtsverzögerung tangieren kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_307/2016 vom 8. November 2016 E. 2.4).

- 16.2.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt die Nichtanhörung der Beschwerdeführerin vor dem Sistierungsentscheid des Vorrichters somit zu einer Verletzung ihres rechtlichen Gehörs.

Die Verletzung des Gehörsanspruchs führt zur Frage, ob der angefochtene Entscheid aufzuheben oder das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz unter Kompensation des Mangels fortzuführen ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer

schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (dem rechtlichen Gehör gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f. mit Hinweisen; 132 V 387 E. 5.1 S. 390).

16.2.3 Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin bereits Kenntnis von der Klageschrift (vgl. pag. 73) und hätte Akteneinsicht in die Eingabe der Beschwerdegegnerin nehmen können (vgl. vorstehende E. 1.1). Ihr wurde zudem telefonisch mitgeteilt, was diese Eingabe beinhalte (pag. 105). Mit der Beschwerde kann – wie bereits ausgeführt – eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Frage, ob eine Sistierung anzuordnen ist, ist eine reine Rechtsfrage. Bezüglich Rechtsfragen steht dem Obergericht im Beschwerdeverfahren die gleiche Überprüfungsbefugnis zu wie der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin konnte sich vor der Rechtsmittelinstanz äussern. Deshalb kann vorliegend die Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten.

17. Die Beschwerdeführerin bemängelt weiter, dass die Vorinstanz keinen Kostenvorschuss von der Beschwerdegegnerin verlangt habe, was praxiswidrig sei.

17.1 Gemäss Art. 220 ZPO wird das ordentliche Verfahren mit Einreichung der schriftlichen Klage eingeleitet. Das Gericht kann von der klagenden Seite einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO).

Nach Art. 124 Abs. 1 ZPO leitet indes das Gericht den Prozess und erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. Die Art der Verfahrensleitung liegt somit weitgehend im Ermessen des Gerichts, immerhin wird gesetzlich vorgeschrieben, dass sie «zügig» zu erfolgen hat (vgl. NINA J. FREI, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1 – 149 ZPO, Bern 2012 [nachfolgend zit.: BK ZPO-BEARBEITER], N. 5 zu Art. 124 ZPO).

17.2 Die Erhebung eines Kostenvorschusses und deren allfälliger Zeitpunkt liegen somit im Ermessen des Gerichts. Die Vorinstanz könnte theoretisch nach Wiederaufnahme des Verfahrens immer noch einen Kostenvorschuss verlangen (vgl. BK ZPO-MARTIN H. STERCHI, N. 11 zu Art. 98 ZPO). Dass sie das machen wird, davon ist im heutigen Zeitpunkt auszugehen. Im Übrigen ist eine Beschwerde der Beschwerdeführerin – wie sie selbst richtig ausführt – nicht zu erkennen. Die Einforderung eines Gerichtskostenvorschusses erfolgt von Amtes wegen, die beklagte Partei hat diesbezüglich kein Antragsrecht (BK ZPO-STERCHI, N. 14 zu Art. 98 ZPO). Die Rüge erweist sich als unbegründet.

18. Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt, dass die Einstellung eines Verfahrens die Aus-

nahme sein soll und demzufolge im Zweifelsfall das verfassungsmässige Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) entgegenstehenden Interessen vorgeht (BGE 135 III 127 E. 3.4 S. 134).

19. Vorliegend macht die Beschwerdegegnerin geltend, dass nicht geklärt sei, wann der Fristenlauf von Art. 63 ZPO beginne. Vorsichtshalber habe sie deshalb neben dem Rechtsmittel, welches sie gegen den Unzuständigkeitsentscheid des Bezirksgerichts Winterthur eingelegt habe, bereits die Klage unverändert an dem von ihr für zuständig gehaltenen Gericht neu eingereicht.

Es stellt sich damit die Frage, ab wann die Frist von Art. 63 ZPO läuft und ob eine Klage verfrüht – sozusagen auf Vorrat – deponiert werden darf.

- 19.1 Wenn kein Rechtsmittel gegen den Nichteintretensentscheid eingelegt wird, beginnt die Nachfrist gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung mit Zustellung bzw. Eröffnung des Nichteintretensentscheids, nicht mit dessen Rechtskraft (BGE 138 III 610 E. 2.6 f., S. 613 f.).

Kommt dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zu, so soll ebenfalls die Zustellung bzw. Eröffnung des Rechtsmittelentscheids die Frist gemäss Art. 63 ZPO auslösen.

Die Lehre vertritt hingegen unterschiedliche Auffassungen zum Beginn des Fristenlaufs für die Neueinreichung nach Art. 63 ZPO, wenn dem Rechtsmittel gegen den Nichteintretensentscheid *keine aufschiebende Wirkung* zukommt: Ein Teil der Lehre will die Frist diesfalls ab Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids laufen lassen (MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 21 zu Art. 63 ZPO; THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 63). Ein anderer Teil der Lehre will die Frist erst mit der Zustellung des letzten von der beschwerten Partei nicht mehr weitergezogenen (bzw. nicht weiterziehbaren) Rechtsmittelentscheids laufen lassen (BK ZPO-ISABELLE BERGER-STEINER, N. 47 zu Art. 63 ZPO; STEPHEN V. BERTI, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, [nachfolgend zit.: KUKO ZPO-BEARBEITER], N. 13 zu Art. 63, CHRISTOF BERGAMIN, Unterbrechung der Verjährung durch Klage – Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe, 2016, S. 110, N. 192, DOMINIK INFANGER in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, [nachfolgend zit.: BSK ZPO-BEARBEITER], N. 15 zu Art. 63 ZPO). Letztere begründen ihre Haltung namentlich damit, dass es prozessunökonomisch sei, wenn die Klägerin parallel zu ihrer Beschwerde an die kantonale Rechtsmittelinstanz oder ans Bundesgericht auch schon eine (verbesserte) Klage einreichen müsste, obschon bei Gutheissung des Rechtsmittels diese Klage gegenstandslos würde (BERGAMIN, a.a.O., S. 110 f., N. 192).

- 19.2 Aufgrund der Unklarheit bezüglich der Praxis in Bezug auf den Fristenlauf empfiehlt die Lehre aus Gründen der prozessualen Sorgfalt ein paralleles Vorgehen mit Rechtsmitteleinlegung gegen den Nichteintretensentscheid sowie der Neueinrei-

chung der Eingabe innerhalb der Monatsfrist von Art. 63 ZPO bei der eventuell zuständigen Behörde mit gleichzeitigem Antrag auf Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über das Rechtsmittel (BK ZPO-BERGER-STEINER, N. 48 zu Art. 63 ZPO mit Hinweis; ROGER MORF in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach (Hrsg.), ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl. 2015, N. 9a zu Art. 63; BSK ZPO-INFANGER, N. 15 zu Art. 63 ZPO).

- 19.3 Mit dem Sistierungsantrag werde dem Bedenken Rechnung getragen, dass das Rechtsschutzinteresse bezüglich der Überprüfung des Nichteintretensentscheids entfallen könnte, wenn das Verfahren vor einer neuen Instanz weitergeführt wird (BK ZPO-BERGER-STEINER, N. 48 zu Art. 63 ZPO). Gemäss BERGER-STEINER darf das später angerufene Gericht erst einen Nichteintretensentscheid fällen, wenn im Erstprozess die Eintretensfrage rechtskräftig entschieden ist. Bis dahin müsse das Zweitgericht das Verfahren in Anwendung von Art. 126 ZPO sistieren (BK ZPO-BERGER-STEINER, N. 17 zu Art. 64 ZPO). Weitere Autoren sprechen sich nicht für eine Sistierungspflicht, aber zumindest für eine Sistierungsbefugnis des später angerufenen Gerichts aus (MIGUEL SOGO in: SJZ 112/2016, S. 537 ff., S. 543 f.; BK ZPO-SIMON ZINGG, N. 81 zu Art. 59; KUKO ZPO-TANJA DOMEJ, N. 26 zu Art. 59 ZPO; BSK ZPO-MYRIAM A. GEHRI, N. 17 zu Art. 59 ZPO).

- 19.4 Die Vorschrift von Art. 63 ZPO betreffend Wahrung der Rechtshängigkeit beruht auch auf dem Zweckgedanken, dass der Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden soll (BGE 140 III 636 E. 3.6 S. 642). Der Vorgehensvorschlag der Lehre ist deshalb unterstützenswürdig. Dem Prozessrecht kommt dienende Funktion zu. Wo es nicht eindeutig ist, sollen nicht die Parteien darunter leiden. Einem kreativen, all-fällige Fallstricke vermeidenden Umgang mit den prozessrechtlichen Möglichkeiten sollten keine allzu engen Zügel angelegt werden.

Vorliegend zeitigte das eingelegte Rechtsmittel (Berufung im ordentlichen Verfahren) allerdings aufschiebende Wirkung. Es handelt sich also um einen Fall, für welchen die Lehre einhellig davon ausgeht, dass die Frist zur Neueinreichung erst mit der Eröffnung des Rechtsmittelentscheids zu laufen beginnt. Die Beschwerdegegnerin war mit ihrer Eingabe ans Regionalgericht Bern-Mittelland während hängiger Berufung vor Obergericht Zürich somit zu früh.

Dieses Vorgehen schadet vorliegend allerdings nicht, da es mit keinerlei Nachteilen für die Gegenpartei verbunden ist. Die Auswirkungen unterscheiden sich nicht von der Einreichung und Sistierung eines hängigen, nicht suspensiv wirkenden Rechtsmittels.

20. Es stellt sich die Frage der praktischen Vorgehensweise der Neueinreichung der Klage nach Art. 63 ZPO bei mehreren Beklagten und einem Nichteintretensentscheid bezüglich einzelner Parteien.

- 20.1 Die Beschwerdegegnerin ist der Meinung, sie habe nicht anders vorgehen können, da die Klageschrift unverändert eingereicht werden müsse. Es dürfe aber vorausgesetzt werden, dass das Gericht dank des zulässigen Begleitbriefes bei der

Rechtschrift zu abstrahieren wisse, welche Tatsachenbehauptungen und rechtlichen Erörterungen die Beschwerdeführerin betreffen.

- 20.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die gleiche Rechtsschrift, die ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht eingegeben wurde, im Original bei der vom Ansprecher für zuständig gehaltenen Behörde neu einzureichen. Es steht dem Ansprecher darüber hinaus frei, der neu eingereichten Eingabe ein erklärendes Begleitschreiben beizufügen, das namentlich Ausführungen darüber enthalten kann, dass zunächst eine unzuständige Behörde angerufen wurde und nun eine Neueinreichung der Eingabe bei der für zuständig erachteten Instanz erfolgt (BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 487 f.).
- 20.3 Damit hätte das richtige Vorgehen darin gelegen, die ursprüngliche Klage unverändert nochmals einzureichen, mit der Spezifizierung, dass sich die Klage neu nur gegen die Beschwerdeführerin richte, und gegebenenfalls unter Angabe der Passagen der Klage, welche sich einzig auf die Beklagte 1 bezogen. Tatsächlich muss dies (entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin) auch möglich sein, wenn – wie hier – das ursprünglich angerufene Gericht auf eine Klage gegen mehrere beklagte Parteien nur bezüglich einer davon nicht eintritt. Nur so kann dem Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 1 ZPO, einen Rechtsverlust des Ansprechers zu vermeiden (vgl. BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 486), Nachachtung verschafft werden. Angesichts der Aktenintegrität des Bezirksgerichts Winterthur kann zudem nicht verlangt werden, dass es sich um die Originaleingabe handeln muss. Eine Bestätigung des Erstgerichts, dass es sich um eine dem Original entsprechende Kopie der Klage handle, muss im vorliegenden Fall genügen.

Allerdings hat die Beschwerdeführerin es unterlassen, in ihrem Begleitschreiben zur Klageeinreichung in Bern zu erwähnen, dass sich die Klage nur gegen die Beschwerdeführerin, nicht auch gegen die Beklagte 1, richten solle. In ihrer Betreffzeile gab sie im Gegenteil die «Klage in Sachen E._____ gegen C._____ AG und A._____ AG: Neueinreichung gestützt auf Art. 63 ZPO» an. Damit – verbunden mit dem Rubrum der ursprünglichen Klage – machte sie vor Regionalgericht grundsätzlich eine Klage gegen beide Beklagten anhängig.

Die Beurteilung der Frage, ob allenfalls die neueingereichte Klage – nach Treu und Glauben ausgelegt – doch nur gegen die Beschwerdeführerin anhängig gemacht wurde, da die Beschwerdegegnerin womöglich wortgetreu der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgen wollte, ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz. Ob und inwieweit auf die Klage einzutreten ist, wird am angerufenen Regionalgericht zu entscheiden sein. Dies gilt auch betreffend die Frage, ob nicht allenfalls vorab die Schlichtungsbehörde zuständig wäre.

21. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass das Gericht vor einer allfälligen Sistierung die Zulässigkeit der Klage und die Erfüllung der Prozessvoraussetzungen zu prüfen und zu bejahen hätte.
- 21.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, prüft das Gericht von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Sie müssen – von gewissen Ausnahmen abgesehen – im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein. Steht endgültig fest, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, darf nicht zur Sache verhandelt werden und es ergeht

ein Nichteintretensentscheid. Auch wenn daher die Prüfung hinsichtlich jeder Prozessvoraussetzung sobald als möglich und vor der materiellen Behandlung der Klage erfolgen soll, besteht von wenigen Ausnahmen abgesehen keine gesetzliche Regelung, wann sie stattzufinden hat. Es besteht damit auch keine zeitliche oder verfahrensmässige Vorgabe in Art. 60 ZPO, aus der abgeleitet werden könnte, das Verfahren dürfe nicht fortgesetzt werden, bis sämtliche in diesem Stadium bzw. nach einem Zuwarten abklärbaren Prozessvoraussetzungen vorliegen. Angesichts der Möglichkeit, einen Mangel zu verbessern, wäre eine solche Regel auch nicht praktikabel (BGE 140 III 159 E. 4.2.4 S. 165).

- 21.2 Nachdem die Möglichkeit der (allenfalls) verfrühten Neudisposition der Klage am Zweitgericht bejaht wurde, so muss auch die Sistierung vor Prüfung der Eintretensvoraussetzungen möglich sein. Andernfalls müsste das Gericht aufgrund von Art. 59 Abs. 2 Bst. d und Art. 64 Abs. 1 Bst. a ZPO umgehend einen Nichteintretensentscheid fällen. Soweit ersichtlich spricht sich die gesamte Lehre für die Zulässigkeit der Sistierung aus, solange das Erstgericht keinen rechtskräftigen Entscheid über sein Eintreten gefällt hat (vgl. vorstehende E. 19.3). Erst nach diesem Entscheid ist klar, ob die Litispendenz dem Eintreten auf die Klage endgültig entgegensteht.

Das Gericht hat somit vor einer Sistierung die Prozessvoraussetzungen nicht zwingend abschliessend zu prüfen.

Mit der Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts ist zugleich sichergestellt, dass die beklagte Partei nicht vor zwei Gerichten die identische Klage bestreiten muss, was dem Anliegen der Beschwerdeführerin entspricht.

22. Der Vorrichter sistierte das Verfahren nicht wie beantragt bis zum materiellen Entscheid über die Klage gegen die Beklagte 1 durch das Bezirksgericht Winterthur, sondern nur bis zu dessen (bzw. dem rechtskräftigen) Entscheid über das Eintreten.

Ob der Berner Richter auf die neu eingereichte Klage gegen die Beschwerdeführerin eintreten können wird oder nicht, hängt massgeblich vom Entscheid der Zürcher Gerichte bzw. von einem allfälligen Entscheid des Bundesgerichts ab. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 126 Abs. 1 ZPO ohne weiteres erfüllt. Damit ging der Vorrichter so vor, wie es in der Lehre vorgeschlagen wird. Dagegen ist nichts einzuwenden. Nicht geprüft zu werden braucht hier, ob das Vorgehen auch gegenüber der Beklagten 1 gerechtfertigt war, nachdem diese dagegen nichts eingewendet hat.

23. Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen.

IV. Kosten

24. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens wird die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten wer-

den von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Es gelten die kantonalen Tarife (Art. 96 ZPO). Im Kanton Bern ist das Verfahrenskostendekret (VKD; BSG 161.12) anzuwenden.

In Anwendung von Art. 46 Abs. 1 und Art. 5 VKD werden die Gerichtskosten auf CHF 1'000.00 festgesetzt, der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

25. Auch die Parteientschädigung ist nach kantonalem Tarif zuzusprechen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO und Art. 5 ff. der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]), wobei sich der Tarifrahmen nach Art. 5 Abs. 1 PKV anhand des Streitwerts bemisst. In Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV, soweit die Parteivertretung im Rechtsmittelverfahren vom bisherigen Anwalt wahrgenommen wird (Art. 7 PKV). Innerhalb des Rahmentarifs ist der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses festzusetzen (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

- 25.1 Rechtsanwalt D._____ macht für die Beklagte 1 in seiner Kostennote vom 11. Juli 2018 für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von CHF 1'005.00 zuzüglich Auslagen von CHF 12.60 und 7.7 % Mehrwertsteuer von CHF 75.35, ausmachend total CHF 1'095.95, geltend.

Rechtsanwalt F._____ macht für die Beschwerdegegnerin in seiner Kostennote vom 10. Juli 2018 für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von CHF 8'639.00 zuzüglich Auslagen von CHF 27.60 und 7.7 % Mehrwertsteuer von CHF 667.35, ausmachend total CHF 9'333.95, geltend.

- 25.2 Es ist von einem Streitwert von CHF 40'000.00 auszugehen. Gemäss Tarifrahmen der Parteikostenverordnung kann im Rechtsmittelverfahren bei einem Streitwert von über CHF 20'000 bis CHF 50'000 ein Honorar bis zu CHF 7'850.00 beansprucht werden (bis zu 50 % von CHF 3'200.00 bis CHF 15'700.00; Art. 5 i.V.m. 7 PKV).

- 25.3 Vorliegend rechtfertigt es sich, diesen oberinstanzlichen Tarifrahmen um höchstens 40 % auszuschöpfen. Angefochten ist lediglich eine prozessleitende Verfügung, Streitgegenstand nur die Frage der Sistierung. Die Bedeutung der Streitsache ist deshalb als unterdurchschnittlich zu bezeichnen, der gebotene Aufwand und die Schwierigkeit als maximal durchschnittlich.

- 25.4 Das beantragte Honorar von Rechtsanwalt D._____ erweist sich somit ohne Weiteres als angemessen. Die Beschwerdeführerin hat der Beklagten 1 folglich für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'095.95 (inkl. Auslagen und MWST) auszurichten. Die Beklagte 1 hat Anspruch auf Ersatz der Mehrwertsteuer, da sie keinen mehrwertsteuerpflichtigen Umsatz tätigt (vgl. Art. 21 Abs. 2 Ziff. 18 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20]).

Das beantragte Honorar von Rechtsanwalt F._____ mit einem ausgewiesenen Zeitaufwand von 25.85 Stunden zu CHF 300.00 sowie 4.42 Stunden für «Korrektu-

ren und Kontrolle Zitate» zu CHF 200.00 erweist sich hingegen als deutlich zu hoch. Unter Ausschöpfung des Tarifrahmens zu 40 % ergibt sich ein Honorar von CHF 3'140.00. Hinzu kommen die angemessenen Auslagen von CHF 27.60 sowie 7.7 % Mehrwertsteuer (CHF 243.90), ausmachend total CHF 3'411.50. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin folglich für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'411.50 (inkl. Auslagen und MWST) auszurichten.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung, bestimmt auf CHF 3'411.50 (inkl. Auslagen und MWST), auszurichten. Weiter hat sie der Beklagten 1 eine Parteientschädigung, bestimmt auf CHF 1'095.95 (inkl. Auslagen und MWST), auszurichten.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien, vertreten durch ihre AnwälteMitzuteilen:
 - der Vorinstanz

Bern, 21. August 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Der Gerichtsschreiber:

Klaus

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Es ist darzulegen, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG). Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.