

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 18 380
ZK 18 381 uR

Bern, 15. November 2018

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichter Schlup und Oberrichterin
Grütter
Gerichtsschreiberin Marti-Schreier

Verfahrensbeteiligte

A._____

Kläger/Berufungskläger

gegen

B._____

vertreten durch Rechtsanwalt C. _____

Beklagte/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Nichteintreten durch Schlichtungsbehörde

Berufung gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde Berner
Jura-Seeland vom 3. Juli 2018 (JBS 18 464)



Regeste:

Nichteintreten durch Schlichtungsbehörde: Die Schlichtungsbehörde hat die Prozessvoraussetzung der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit (Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO) grundsätzlich nicht zu prüfen und darf mithin keinen Nichteintretensentscheid mit der Begründung fällen, die Sache sei bereits anderweitig rechtshängig (E. 14).

Erwägungen:

I.

1. Am 5. April 2018 (Postaufgabe) reichte A. _____ (nachfolgend: Berufungskläger) bei der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland ein Schlichtungsgesuch (pag. 1 ff.) ein und beantragte sinngemäss was folgt (vgl. pag. 25):
 1. Es sei festzustellen, dass die zwischen den Parteien am 1. November 2017 abgeschlossene Vereinbarung über den Verkauf der Liegenschaften Biel Gbbl. xy. _____ infolge Urteilsunfähigkeit nichtig sei.
 - 2 Es sei festzustellen, dass die zwischen den Parteien am 1. November 2017 abgeschlossene Vereinbarung über den Verkauf der Liegenschaften Biel Gbbl. xy. _____ infolge Willensmangel für die klagende Partei nicht verbindlich sei.
 3. Eventualiter sei die beklagte Partei zu verurteilen, der klagenden Partei Schadenersatz zu leisten.
2. Mit Eingabe vom 25. Mai 2018 beantragte der Berufungskläger für das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. pag. 26).
3. Mit Entscheid vom 3. Juli 2018 trat die Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland auf das Schlichtungsgesuch wegen anderweitiger Rechtshängigkeit nicht ein (Dispositiv-Ziff. 1) und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab (Dispositiv-Ziff. 2).
4. Dagegen reichte der Berufungskläger am 3. August 2018 (Postaufgabe) Berufung beim Obergericht des Kantons Bern ein (pag. 30 ff.). Er beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland habe ihm entweder die Klagebewilligung zu erteilen oder eine Schlichtungsverhandlung durchzuführen (Verfahren ZK 18 380). Zudem beantragte der Berufungskläger die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das oberinstanzliche Verfahren (Verfahren ZK 18 381).
5. Am 8. September 2018 reichte der Berufungskläger ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Beilagen zu seiner finanziellen Situation ein (pag. 13 ff. ZK 18 381).

6. Mit Berufungsantwort vom 14. September 2018 (pag. 47 ff.) beantragte die Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist; zudem beantragte sie die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (pag. 48).
7. Am 20. September 2018 reichte der Berufungskläger erneut ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (pag. 57 ff.). Er nahm zudem mit zwei Eingaben vom 6. Oktober 2018 (Postaufgabe) unaufgefordert Stellung zur Berufungsantwort.
8. Am 11. Oktober 2018 verfügte der Instruktionsrichter, es werde ein schriftlicher Entscheid ohne Parteiverhandlung ergehen (pag. 75 f.).
9. Am 13. Oktober 2018 reichte der Berufungskläger eine als «Berufungsantwort» bezeichnete Eingabe ein (pag. 77 ff.).
10. Mit Verfügung vom 16. Oktober 2018 (pag. 82 f.) rief der Instruktionsrichter dem Berufungskläger in Erinnerung, dass nun ein schriftlicher Entscheid ohne Parteiverhandlung ergehen werde (Ziff. 2); die 2. Zivilkammer des Obergerichts sei ins Stadium der Entscheidberatung übergegangen und künftige Eingaben würden nicht mehr berücksichtigt (Ziff. 3).

II.

11. Das Obergericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 60 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]; BGE 142 III 48 E. 4.1.2).
- 11.1 Angefochten ist ein im Schlichtungsverfahren ergangener verfahrensabschliessender Nichteintretensentscheid der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als CHF 10'000.00. Der Entscheid ist damit mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 ZPO).
- 11.2 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung der vorliegenden Berufung zuständig (Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Entscheidungsfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
- 11.3 Der vorinstanzliche Entscheid wurde dem Berufungskläger am 7. Juli 2018 zugestellt (pag. 29). Mit Postaufgabe am 3. August 2018 erfolgte die Berufung fristgerecht innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist (Art. 311 Abs. 1 ZPO).
- 11.4 Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.
- 12.

- 12.1 Das Berufungsverfahren ist keine blosser Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens (Urteile des Bundesgerichts 4A_413/2015 vom 5. November 2015 E. 3.4.1; 4A_221/2015 vom 23. November 2015 E. 5.2.1), sondern auf die Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen ausgerichtet (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.H.). Die Berufungsinstanz ist denn auch nicht gehalten, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus in jede Richtung hin auf mögliche Mängel zu untersuchen, die eine Gutheissung des Rechtsmittels ermöglichen könnten (Urteile des Bundesgerichts 4A_536/2017 vom 3. Juli 2018 E. 3.2, 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5.2 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; KATHRIN KLETT, Rechtsmittelbegründung als Basis und Grenze der funktionellen Zuständigkeit, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, 2016, S. 333 ff., 339). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich die Berufungsinstanz vielmehr darauf zu beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H., bestätigt in den Urteilen des Bundesgerichts 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5.2 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3).
- 12.2 Der Berufungskläger setzt sich in seiner Begründung kaum mit dem angefochtenen Entscheid der Schlichtungsbehörde auseinander. Ob seine Berufung den Begründungsanforderungen genügt, erscheint daher fraglich. Dies kann indessen offenbleiben, weil die Berufungsinstanz offensichtliche Mängel in jedem Fall beurteilen kann. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, besteht vorliegend ein solcher offensichtlicher Mangel.
13. Die Schlichtungsbehörde trat auf das Schlichtungsgesuch des Berufungsklägers wegen anderweitiger Rechtshängigkeit nicht ein (E. II.1 ff. angefochtener Entscheid, pag. 26 f.). Zur Begründung führte sie aus, die fehlende anderweitige Rechtshängigkeit sei als Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO) von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Die Feststellungsklage sei subsidiär zur Leistungs- und Gestaltungsklage. Nur besondere Umstände könnten dazu führen, dass ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse angenommen werden könne, obwohl eine Klage auf Vollstreckung möglich sei. Zwischen den Parteien sei ein Verfahren vor dem Regionalgericht hängig, welches sich mit der Aufhebung des Miteigentums der vorliegenden Parteien an den Liegenschaften Biel Gbbl. xy._____ befasse. Sofern die klagende Partei die Meinung vertrete, die strittige Vereinbarung vom 1. November 2017 sei für sie nicht verbindlich, habe sie kein neues Verfahren einzuleiten, sondern nur die Weiterführung des bisherigen hängigen Verfahrens beim zuständigen Gericht zu beantragen. In diesem sei dann zu prüfen, ob die strittige Vereinbarung gültig sei oder nicht und je nach Resultat werde das Verfahren weitergeführt. Der klagenden Partei fehle somit ein Rechtsschutzinteresse, die geltend gemachte Nichtigkeit/Unverbindlichkeit in einem eigenständigen Verfahren feststellen zu lassen, weshalb auf ihr Gesuch nicht einzutreten sei.

14.

- 14.1 Nach Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder auf ein Gesuch (nur) ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Die Schlichtungsbehörde ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar kein Gericht (Urteil 4A_281/2012 vom 22. März 2013 E. 1.2; ferner BGE 139 III 273 E. 2.3 S. 277; vgl. demgegenüber Art. 5 Abs. 1 Bst. c EG ZSJ und Art. 2 Abs. 4 Bst. c GSOG: Auf-führung der Schlichtungsbehörden unter den «Gerichte[n] in Zivilsachen» bzw. un-ter den «regionalen Gerichtsbehörden»; Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Zweite Kammer, vom 20. Dezember 2017, in der Rechtssache C-467/16, Schlömp c. Landratsamt Schwäbisch Hall; dazu ALEXANDER R. MARKUS/FRAUKE RENZ, Schlichter sind nach LugÜ Richter, AJP 2017 S. 1357). Ob und gegebenenfalls in-wieweit die Schlichtungsbehörde Prozessvoraussetzungen (dennoch) von Amtes wegen zu prüfen hat, ist durch das Bundesgericht indessen noch nicht geklärt (vgl. Urteil 5A_38/2016 vom 21. April 2016 E. 2).
- 14.2 In der Lehre wird diese Frage primär anhand der örtlichen und sachlichen Zustän-digkeit diskutiert. Die vertretenen Meinungen decken dabei die gesamte Bandbreite ab. So wird die Ansicht vertreten, die Schlichtungsbehörde dürfe einen Nichteintre-tensentscheid fällen (so etwa ISABELLE BERGER-STEINER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 32 zu Art. 63 ZPO; DOMINIK INFANGER, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N. 11 und 19 zu Art. 202 ZPO; BORIS MÜLLER, Prüfung der Prozessvoraus-setzungen durch Schlichtungsbehörden, AJP 2013 S. 72 ff.; DENISE WEINGART/ILIJA PENON, Ungeklärte Fragen im Schlichtungsverfahren, ZBJV 151/2015 S. 476 ff.; für eine vollständige Übersicht vgl. CLAUDE SCHRANK, Grundsatzfragen zum Schlich-tungsverfahren, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], Das Schlichtungsverfahren nach ZPO, 2016, S. 4 Fn. 16). Nach einer vermittelnden Ansicht gilt dies nur bei offen-sichtlicher Unzuständigkeit (FRANÇOIS BOHNET, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, N. 17 zu Art. 60 ZPO, N. 11 zu Art. 202 ZPO; FRANCESCO TREZZINI, in: Trezzini et al. [Hrsg.], Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, Vol. II, 2. Aufl. 2017, N. 4 ff. zu Vorbemerkungen Art. 202-207 ZPO, N. 15 zu Art. 202 ZPO [«violazione manifesta e palese» der Prozessvoraussetzungen]; SIMON ZINGG, in: Berner Kommentar, 2012, N. 26 ff. zu Art. 60 ZPO; ALEXANDER ZÜRCHER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 6b zu Art. 59 ZPO; differenzierend JAMES T. PETER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 9 f. zu Art. 197 ZPO). Schliesslich wird vertreten, die Schlichtungsbehörde dürfe grundsätzlich kei-nen Nichteintretensentscheid fällen (TANJA DOMEJ, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 59 ZPO; DOMINIK GAS-SER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 202 ZPO; CLAUDE SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, N. 211; BENEDIKT SEILER, Die Be-rufung nach ZPO, 2013, N. 375a; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivil-prozessrecht, 3. Aufl. 2017, N. 976).
- 14.3 Die Rechtsprechung des Berner Obergerichts folgt bezüglich der sachlichen Zu-ständigkeit der vermittelnden Ansicht: Gemäss dem Beschluss der Zivilabteilungs-konferenz vom 26. Januar 2012 hat die Schlichtungsbehörde dann einen Nichtein-tretensentscheid zu fällen, wenn sich „ohne aufwändige Abklärungen“ ergibt, dass eine Streitigkeit in den Katalog sachlicher Schlichtungsunzuständigkeit gemäss

Art. 198 ZPO fällt. Bei offensichtlicher sachlicher Schlichtungsunzuständigkeit darf mithin nach bernischer Auffassung ein Nichteintretensentscheid erfolgen; die Schlichtungsbehörde ist insoweit als Gericht i.S.v. Art. 59 ZPO zu betrachten (Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 2013 114+139 vom 26. März 2013 E. III.2, publ. in: CAN online 2013 Nr. 25). Liegt keine Offensichtlichkeit vor, ist der Entscheid über die sachliche Zuständigkeit dem Gericht zu überlassen (Entscheid der 1. Zivilkammer ZK 2017 292 vom 29. August 2017, E. 11.4.3).

- 14.4 Was die Prüfung anderer Prozessvoraussetzungen – namentlich derjenigen der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit – angeht, so äussert sich die Lehre zurückhaltender. So wird zwar die Ansicht vertreten, ein Nichteintretensentscheid dürfe auch wegen anderweitiger Rechtshängigkeit (Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO) ergehen (WEINGART/PENON, a.a.O., S. 478). Überwiegend wird dies aber selbst von Lehrmeinungen abgelehnt, welche einen Nichteintretensentscheid wegen Unzuständigkeit (zumindest in offensichtlichen und klaren Fällen) befürworten (BOHNET, a.a.O., N. 18 zu Art. 60 ZPO; INFANGER, a.a.O., N. 25 zu Art. 202 ZPO e contrario; ZINGG, a.a.O., N. 31 zu Art. 60 ZPO; ZÜRCHER, a.a.O., N. 6c zu Art. 59 ZPO; wohl auch TREZZINI, a.a.O., N. 5 zu Vorbemerkungen Art. 202-207 ZPO; differenzierend: MÜLLER, a.a.O., S. 73).
- 14.5 Die Kammer schliesst sich im Grundsatz der herrschenden Lehre an, wonach die Schlichtungsbehörde die Prozessvoraussetzung der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit (Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO) nicht zu prüfen hat und mithin keinen Nichteintretensentscheid mit der Begründung fällen darf, die Sache sei bereits anderweitig rechtshängig. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass die Schlichtungsbehörde ausnahmsweise einen Nichteintretensentscheid fällt, wenn etwa derselbe Kläger bei derselben Schlichtungsbehörde ein zweites Schlichtungsgesuch mit identischen Anträgen gestützt auf einen identischen Lebenssachverhalt einreicht. Im Regelfall setzt indessen eine Prüfung anderweitiger Rechtshängigkeit eine Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Streitgegenstand der beiden Verfahren sowie eine Einholung der Akten des bereits hängigen Verfahrens voraus. Eine solche Prüfung geht *per se* über eine summarische Prüfung offensichtlich fehlender Prozessvoraussetzungen hinaus.
15. Nach dem Gesagten kommt ein Nichteintretensentscheid wegen anderweitiger Rechtshängigkeit bloss in Ausnahmefällen in Frage. Ein solcher Ausnahmefall besteht vorliegend offensichtlich nicht, stellte doch die Vorinstanz Überlegungen zum Verhältnis einer Feststellungsklage zu einer Leistungsklage, zum Rechtsschutzinteresse und zum möglichen Fortgang des bereits hängigen Verfahrens an. Zudem holte sie aus eigenem Antrieb Akten beim Regionalgericht ein. Der angefochtene Entscheid ist somit aufgrund eines offensichtlichen Mangels aufzuheben und die Sache ist zur weiteren Behandlung – auch zur erneuten Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege – an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

16. Nach dem Gesagten unterliegt die Berufungsbeklagte in oberer Instanz. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Haben weder eine Partei noch Dritte die Gerichtskosten veranlasst, kann das Gericht die Kosten aus Billigkeit dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine solche Auflage an den Kanton rechtfertigt sich jedoch nur bei eigentlichen «Justizpannen», d.h. wenn ein gravierender, von der Rechtsmittelbeklagten nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und die Rechtsmittelbeklagte entweder die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder sich eines Antrags enthält (vgl. nur Urteil des Bundesgerichts 5A_932/2016 vom 24. Juli 2017 E. 2.2.4 mit zahlreichen Hinweisen).
17. Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht erfüllt: Die Berufungsbeklagte beantragte vor oberer Instanz die kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist. In der Berufungsantwort führte sie sodann aus, die Vorinstanz sei zu Recht nicht auf das Schlichtungsgesuch eingetreten. Da sich die Berufungsbeklagte somit mit dem angefochtenen Nichteintretensentscheid identifizierte, kommt eine Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO nicht in Frage.
18. Damit sind die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens, bestimmt auf eine Gebühr von CHF 1'500.00 (Art. 44 Abs. 1, Art. 7 Abs. 2 des Verfahrenskostendeckrets [VKD; BSG 161.12]), der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
19. Der Berufungskläger wurde im Berufungsverfahren nicht anwaltlich vertreten. Es liegt kein «begründeter Fall» nach Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO vor, welcher Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung auslösen würde. Es ist daher keine Parteienentschädigung zuzusprechen.
20. Bei dieser Kostenverlegung ist das Gesuchsverfahren des Berufungsklägers betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren (ZK 18 381) als gegenstandslos abzuschreiben. Es sind keine Gerichtskosten für das Gesuchsverfahren zu erheben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Entscheid der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland wird aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von CHF 1'500.00 werden der Berufungsbeklagten auferlegt. Ihr wird dafür separat Rechnung gestellt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben (ZK 18 381). Es werden keine Gerichtskosten für das Gesuchsverfahren erhoben.
5. Zu eröffnen:
 - dem Berufungskläger
 - der Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt C. _____
 - der Vorinstanz

Bern, 15. November 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Hurni

Die Gerichtsschreiberin:

Marti-Schreier

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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. 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.