

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 18 503 Berufung
ZK 18 504 uR-Gesuch Berufungskläger
ZK 18 575 uR-Gesuch Berufungsbeklagte

Bern, 7. Januar 2019

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Kläger/Berufungskläger

gegen

C. _____
Beklagte/Berufungsbeklagte

D. _____
Beklagter/Berufungsbeklagter

beide gesetzlich vertreten durch ihre Mutter:
E. _____

Gegenstand

Nichteintreten durch Schlichtungsbehörde

Berufung gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde
Emmental-Oberaargau vom 9. Oktober 2018 (EO 18 780)

Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege (ZK 18 504 / 18 575)



Regeste:

- Ergibt sich ohne aufwändige Abklärungen, dass eine Streitigkeit in den Katalog sachlicher Schlichtungsunzuständigkeit gemäss Art. 198 ZPO fällt, darf die Schlichtungsbehörde einen Nichteintretensentscheid fällen (E. 6.1; Bestätigung der Rechtsprechung; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 2013 114+139 vom 26. März 2013).
- Offensichtliche Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde verneint hinsichtlich der *weiteren Kinderbelange*, wie insbesondere die Regelung des persönlichen Verkehrs, im Sinne von Art. 198 Bst. b^{bis} ZPO e contrario (E. 6.2).
- Die Schlichtungsbehörde gilt insoweit als *Gericht* im Sinne von Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 298b Abs. 3 ZGB, als in die sachliche Schlichtungszuständigkeit fällt, was in die sachliche Gerichtszuständigkeit fällt (E. 6.3).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 Am 25. September 2018 reichte A._____ (nachfolgend: Berufungskläger) bei der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Vorinstanz) ein Schlichtungsgesuch gegen seine beiden Kinder C._____ und D._____ (nachfolgend: Berufungsbeklagte) ein und beantragte, es sei in Abänderung der Unterhaltsvereinbarungen vom 21. November 2014 festzustellen, dass er ab Rechtshängigkeit keinen Unterhalt mehr schulde, eventualiter sei er zu Unterhaltsbeiträgen von je höchstens CHF 50.00 zu verpflichten (Rechtsbegehren [RB] 1). Weiter beantragte er die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen ihm und den beiden Kindern (RB 2) und die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege (RB 3).
- 1.2 Mit Entscheid vom 9. Oktober 2018 trat die Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau namentlich auf das Rechtsbegehren 2 des Schlichtungsgesuchs nicht ein (Dispositivziffer 3).

2.

- 2.1 Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 (Postaufgabe am selben Tag) Berufung beim Obergericht des Kantons Bern (pag. 26 ff.) und beantragte, es sei die Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auch für das Rechtsbegehren 2 des Schlichtungsgesuchs ein Schlichtungsverfahren durchzuführen (RB 1). Zudem beantragte der Berufungskläger, es sei ihm für das oberinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (RB 2).
- 2.2 Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 13. November 2018 sinngemäss auf Abweisung der Berufung (pag. 42 ff.).

- 2.3 Die Berufungsbeklagten beantragten in ihrer Berufungsantwort vom 3. Dezember 2018 (pag. 48 ff.) die kostenfällige Guttheissung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei (RB 1). Auf einen Antrag zum Gesuch des Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege verzichteten sie (RB 2). Gleichzeitig stellten sie ein eigenes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (RB 3).
- 2.4 Mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 verzichtete der Berufungskläger auf eine Stellungnahme zum Gesuch der Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege (pag. 58).

II.

- 3. Das Obergericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 60 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).
- 3.1 Angefochten ist ein im Schlichtungsverfahren ergangener verfahrensabschliessender Nichteintretensentscheid einer Schlichtungsbehörde in einer nichtvermögensrechtlichen Angelegenheit. Der Entscheid ist damit mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 Bst. a ZPO).
- 3.2 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]).
- 3.3 Auf die form- und fristgerechte Berufung ist einzutreten.

III.

- 4. Die Vorinstanz ist gestützt auf Art. 298d des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) der Ansicht, dass nicht sie für die Regelung des persönlichen Verkehrs sowie des Besuchs- und Ferienbesuchsrechts zuständig ist, sondern die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB).
- 5. Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz sei zum Vornherein nicht befugt gewesen, über ihre sachliche Zuständigkeit mit einem Nichteintretensentscheid zu befinden. Selbst wenn sie dies gewesen wäre, hätte sie sich zu Unrecht für unzuständig erklärt, denn gemäss Art. 298d Abs. 3 ZGB regle das Gericht auch die weiteren Kinderbelange, wenn es mit einer Klage auf Abänderung des Unterhaltsbeitrags befasst werde. Vor Einreichung der Klage sei gestützt auf diese Norm die Schlichtungsbehörde ebenfalls sachlich zuständig für die Regelung des persönlichen Verkehrs.

6.

- 6.1 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 des Bundesgerichts 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: Aufführung der Schlichtungsbehörden unter den «Gerichte[n] in Zivilsachen» bzw. unter 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 inwieweit die Schlichtungsbehörde wie das Gericht, bei dem die Klage einzureichen ist, Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen hat, ist durch das Bundesgericht indessen noch nicht entschieden worden (Urteil des Bundesgerichts 5A_38/2016 vom 21. April 2016 E. 2).
- 6.1.1 In der Lehre wird diese Frage primär anhand der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit diskutiert. Die vertretenen Meinungen decken dabei die gesamte Bandbreite ab. So wird die Ansicht vertreten, die Schlichtungsbehörde dürfe einen Nichteintretensentscheid 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 Prozessvoraussetzungen 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 Schlichtungsverfahren, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], Das Schlichtungsverfahren nach ZPO, 2016, S. 4 Fn. 16). Nach einer vermittelnden Ansicht gilt dies nur bei offensichtlicher 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 keinen Nichteintretensentscheid fällen (TANJA DOMEJ, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 59 ZPO; DOMINIK GASSER/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 Berufung nach ZPO, 2013, N. 375a; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2017, N. 976).
- 6.1.2 Die Rechtsprechung des Berner Obergerichts folgt bezüglich der sachlichen Zuständigkeit der vermittelnden Ansicht: Gemäss dem Beschluss der Zivilabteilungs-

konferenz vom 26. Januar 2012 hat die Schlichtungsbehörde dann einen Nichteintretensentscheid 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; vgl. zum Ganzen den zur Publikation vorgesehenen Entscheid der 2. Zivilkammer ZK 18 380 vom 15. November 2018 E. 14.1-3).

- 6.2 Gemäss Art. 198 Bst. b^{bis} ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren bei «Klagen über den Unterhalt des Kindes und weitere Kinderbelange», wenn «vor der Klage ein Elternteil die Kindesschutzbehörde angerufen hat (Art. 298b und 298d ZGB)». Unter den Begriff der weiteren Kindesbelange fällt selbstredend auch die Regelung des persönlichen Verkehrs (vgl. statt vieler AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, in: Berner Kommentar, 2016, N. 27 zu Art. 298d ZGB). Gestützt auf diese Norm kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, sie sei hinsichtlich der Abänderung des Unterhaltsbeitrags sachlich zuständig, da die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im vorliegenden Fall nicht angerufen worden ist. Denn der Gesetzgeber erachtet das Schlichtungsverfahren nur dann für unnötig, wenn im Verfahren vor der Kindesschutzbehörde keine Einigung erzielt werden konnte. Der Kindesschutzbehörde kommt in diesem Sinne auch eine Schlichtungsfunktion zu (DOMINIK INFANGER, a.a.O., N. 17a zu Art. 197/198 ZPO; CANTIENI/VETTERLI, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., N. 4 zu Art. 298d ZGB). Findet – wie hier – kein Verfahren vor der Kindesschutzbehörde statt, ist aber die Schlichtungsbehörde ausweislich des *e contrario* klaren Wortlauts von Art. 198 Bst. b^{bis} ZPO nebst dem «Unterhalt des Kindes» sachlich auch für die Schlichtung der «weiteren Kinderbelange» zuständig. Jedenfalls kann keine Rede davon sein, dass die Schlichtungsbehörde geradezu offensichtlich für die weiteren Kinderbelange unzuständig wäre. Der angefochtene Entscheid ist daher nur schon aus diesem Grund aufzuheben.
- 6.3 Die Vorinstanz hat aber auch Art. 298d Abs. 3 ZGB unrichtig angewandt, auf den der soeben behandelte Art. 198 Bst. b^{bis} ZPO Bezug nimmt. Danach regelt das Gericht nötigenfalls auch die weiteren Kinderbelange, wenn es mit einer Klage auf Änderung des Unterhaltsbeitrags (im Sinne des Art. 286 ZGB) befasst ist. Man spricht von einer sog. Kompetenzattraktion (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O.; EVA SENN, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, FamPra.ch 2017, S. 975). Diese Kompetenzattraktion muss nun freilich bereits im Moment der Begründung der Rechtshängigkeit, d.h. bei Anrufung der Schlichtungsbehörde gelten (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Denn das Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens ist die obligatorische Vorstufe zum gerichtlichen Verfahren, weshalb in die sachliche Schlichtungszuständigkeit fallen muss, was anschliessend in die sachliche Gerichtszuständigkeit fällt. Funktional betrachtet ist die Schlichtungsbehörde denn auch durchaus ein Gericht (so nun das Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Zweite Kammer, vom 20. Dezember 2017, in

der Rechtssache C-467/16, Schlömp c. Landratsamt Schwäbisch Hall; vgl. dazu auch MARKUS/RENN, Schlichter sind nach LugÜ Richter, AJP 2017, S. 1357, wonach die «Schlichtungsbehörde bei entsprechender funktionaler Einordnung im Schweizer Zivilprozessrecht auch soweit als «Gericht» angesehen werden kann, als sie selber keine eigentliche Entscheidungsbefugnis hat»). Folglich ist die Schlichtungsbehörde auch als «Gericht» im Sinne des Art. 298d Abs. 3 ZGB (und mithin auch des Art. 298b Abs. 3 ZGB) zu betrachten, und zwar insoweit, als in die sachliche Schlichtungszuständigkeit fallen muss, was bei Scheitern des Einigungsversuchs und Ausstellen der Klagebewilligung anschliessend in die sachliche Gerichtszuständigkeit fällt. Damit geht selbstredend auch die Kompetenz der Schlichtungsbehörde einher, nebst Vergleichen über den Unterhalt des Kindes auch die annexweise verglichenen Kinderbelange gerichtlich zu genehmigen.

7. Nach dem Ausgeführten kommt ein Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vorliegend nicht in Frage. Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Sache ist zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV.

8. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann jedoch Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). In den meisten Fällen dürften spezifische Fehlleistungen des Gerichts, die jedoch kein Verschulden voraussetzen, zur Anwendung der vorliegenden Bestimmung führen. Wird ein fehlerhafter, nicht auf einem Parteiantrag beruhender erstinstanzlicher Entscheid aufgehoben oder durch die obere Instanz korrigiert, erscheint es gerechtfertigt, die Kosten des Rechtsmittelverfahrens dem Kanton aufzuerlegen, sofern sich der Rechtsmittelgegner nicht mit dem Entscheid identifiziert (STERCHI, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, N. 26 f. zu Art 107 ZPO). Diese Regelung gilt allerdings nur für die Gerichtskosten, nicht aber für die Parteikosten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigt sich lediglich in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler (sog. «Justizpannen») oder dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist und damit als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu betrachten ist (vgl. BGE 142 III 110 E. 3; BGE 140 III 501 E. 4; BGE 139 III 471 E. 3.3; BGE 139 III 334 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_378/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 2.2; ferner: STERCHI, a.a.O., N. 25 zu Art 107 ZPO; URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2016, N. 13 zu Art. 107 ZPO; RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 170 ZPO).
9. Vorliegend kann der Vorinstanz kein qualifizierter Verfahrensfehler vorgeworfen werden und ist der Staat nicht materiell Gegenpartei des Berufungsverfahrens. Die auf das Berufungsverfahren bezogenen Parteikosten beider Parteien sind deshalb zur Hauptsache zu schlagen (vgl. STERCHI, a.a.O., N. 25 zu Art 107 ZPO). Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens, bestimmt auf eine Gebühr von

CHF 600.00 (Art. 45 Abs. 1 VKD), sind dagegen gemäss Art. 107 Abs. 2 aus Billigkeitsgründen dem Kanton Bern aufzuerlegen.

10. Bei dieser Kostenverlegung sind die Gesuchsverfahren des Berufungsklägers und der Berufungsbeklagen betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos abzuschreiben (ZK 18 504 und 18 575). Für die Gesuchsverfahren sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Die Dispositivziffer 3 des Entscheids der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau vom 9. Oktober 2018 wird aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von CHF 600.00 werden dem Kanton Bern auferlegt.
3. Die Parteikosten des Berufungsklägers und der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren werden zur Hauptsache geschlagen.
4. Die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege des Berufungsklägers und der Berufungsbeklagten werden als gegenstandslos abgeschrieben (ZK 18 504 und 18 575).
5. Für die Gesuchsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
6. Zu eröffnen:
 - dem Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - den Berufungsbeklagten, gesetzlich vertreten durch ihre Mutter E. _____
 - der Vorinstanz

Bern, 7. Januar 2019

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Hurni

Der Gerichtsschreiber:

Klaus

i.V. Gerichtsschreiber Knecht

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.

Hinweis

Der Entscheid ist rechtskräftig.