

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 19 328

Bern, 29. Oktober 2019

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiberin Brüttsch

Verfahrensbeteiligte

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

gegen

C. _____ **AG**
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Klägerin / Berufungsbeklagte

Gegenstand

Forderung aus Werkvertrag

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Oberland
vom 19. Dezember 2018 (CIV 15 2872 / 16 455)



Regeste:

Rechtliches Gehör; verspätete Feststellung der Postulationsunfähigkeit

- Voraussetzungen von Art. 69 Abs. 1 ZPO (E. 8).
- Vorliegend bestanden schon zu Beginn des Verfahrens Anzeichen, dass die Postulationsfähigkeit des Berufungsklägers beeinträchtigt oder nicht gegeben sein könnte. Durch die verspätete Feststellung der fehlenden Postulationsfähigkeit und dem damit verbundenen Verlust der Möglichkeit, einen eigenen Sachvortrag ins Verfahren einzubringen, hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Berufungsklägers verletzt (E. 9.6).
- Indes gebieten der Grundsatz von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot gebieten, dass der den postulationsunfähigen Berufungskläger vertretende Rechtsanwalt nach seiner Einsetzung und sobald er in der Lage ist, die Rechtslage zu beurteilen und den Verfahrensfehler zu entdecken, umgehend interveniert (E. 9.10).

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Berufungskläger) und die C._____ AG (nachfolgend: Berufungsbeklagte) haben am 30. bzw. am 31. Mai 2013 zwei Werkverträge abgeschlossen. Vertragsgegenstand waren Holzbauarbeiten und eine Fassadenrenovation nach einem Hagelschaden an der vom Berufungskläger bewohnten Liegenschaft an der E._____strasse 3 in F._____.
2.
 - 2.1 Mit Anerkennungsklage vom 11. September 2015 belangte die Berufungsbeklagte und damalige Klägerin den Berufungskläger beim Regionalgericht Oberland (nachfolgend: Vorinstanz) auf Zahlung von CHF 14'904.20 und von CHF 22'461.80 zzgl. Verzugszins pro Jahr seit 1. Juli 2014 (Vergütung von Werkleistungen). Ferner ersuchte sie um Beseitigung des Rechtsvorschlages in der von ihr angehobenen Betreuung Nr. _____ (pag. 5).
 - 2.2 Mit Schreiben vom 14. Oktober 2015 reichte der nicht anwaltlich vertretene Berufungskläger und damalige Beklagte eine Klageantwort ein (pag. 43 f.). Da die Rechtsschrift keine Anträge und keine Begründung enthielt und damit nicht den formellen Voraussetzungen von Art. 222 i.V.m. Art. 221 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) entsprach, setzte der Gerichtspräsident dem Berufungskläger eine Nachfrist zur Verbesserung. Der Gerichtspräsident empfahl dem Berufungskläger ausserdem dringend, sich von einer Anwältin oder einem Anwalt beraten zu lassen (pag. 47 f.).

- 2.3 Daraufhin mandatierte der Berufungskläger Rechtsanwalt G._____ mit der Wahrung seiner Interessen (pag. 55). Am 19. Februar 2016 reichte der Berufungskläger eine verbesserte Klageantwort sowie eine Widerklage ein. Im Hauptverfahren schloss er auf Abweisung der Klage und im Rahmen der Widerklage verlangte er von der Berufungsbeklagten die Bezahlung von CHF 31'536.00 und von mind. CHF 900.00 zzgl. Zins (Rückforderung für zu viel bezahlten Werklohn, keine bzw. ungenügende Berücksichtigung von Eigenleistungen und zu kurze Ausführung des Daches; pag. 61 ff.).
- 2.4 Mit Widerklageantwort vom 3. Juni 2016 schloss die Berufungsbeklagte auf kostenfällige Abweisung der Widerklage (pag. 115 f.).
- 2.5 Mit Verfügung vom 29. Juni 2016 lud der Gerichtspräsident die Parteien zur Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 vor (pag. 133). Gemäss Verfahrensprogramm waren die ersten Parteivorträge, das Beweisverfahren, Vergleichsverhandlungen sowie evtl. die Schlussvorträge geplant (pag. 135). Der Gerichtspräsident lud drei Zeugen vor. Zudem wurde für den Berufungskläger portugiesischer Muttersprache eine Übersetzerin aufgeboten (pag. 135).
- 2.6 Mit Schreiben vom 26. September 2016 teilte der Rechtsvertreter des Berufungsklägers der Vorinstanz mit, dass er den Berufungskläger nicht mehr vertrete (pag. 161). Von diesem Schreiben nahm die Vorinstanz mit Verfügung vom 27. September 2016 Kenntnis (pag. 163).
- 2.7 Am 14. Dezember 2016 fand vor der Vorinstanz die Hauptverhandlung statt. Der Berufungskläger war persönlich, jedoch ohne anwaltliche Vertretung anwesend (pag. 167). Die Parteien hielten ihre ersten Parteivorträge, wobei sie ihre bisher gestellten Rechtsbegehren bestätigten (pag. 169). Nach gescheiterten Vergleichsverhandlungen wurde den Parteien die Beweisverfügung ausgehändigt (pag. 171 ff.). Im Anschluss an die Befragung eines Organs der Berufungsbeklagten und eines Zeugen brach der Gerichtspräsident die Verhandlung auf Antrag des Berufungsklägers ab (pag. 177 ff.).
- 2.8 Mit Verfügung vom 6. Januar 2017 setzte der Gerichtspräsident dem Berufungskläger eine Frist, einen Anwalt oder eine Anwältin mit der Wahrung seiner Interessen zu beantragen, ansonsten ihm eine Rechtsvertreterin oder ein Rechtsvertreter beigeordnet werde (pag. 199). Der Berufungskläger liess die Frist ungenutzt verstreichen, woraufhin ihm der Gerichtspräsident gestützt auf Art. 69 ZPO die Postulationsfähigkeit mit einer kurzen Begründung aberkannte und Rechtsanwalt B._____ als Rechtsvertreter beordnete (pag. 203 ff.).
- 2.9 Am 7. Dezember 2017 fand an der streitigen Liegenschaft in F._____ ein gerichtlicher Augenschein statt (pag. 291). Ergänzend dazu gab der Gerichtspräsident am 11. April 2018 ein Gutachten in Auftrag (pag. 373 f.). Das Gutachten lag am 31. Mai 2018 vor (pag. 413 ff.).
- 2.10 Am 27. November 2018 fand vor der Vorinstanz die Fortsetzungsverhandlung statt (pag. 487 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung wurden der Berufungskläger und weitere Zeugen befragt. Anschliessend hielten die Parteien die zweiten Parteivorträge (pag. 533 ff.).

3.

- 3.1 Mit Entscheid vom 19. Dezember 2018 hiess die Vorinstanz die Klage der Berufungsbeklagten gut und wies die Widerklage des Berufungsklägers kostenfällig ab (pag. 611).
- 3.2 Die auf Antrag des Berufungsklägers ausgefertigte Entscheidbegründung des Entscheids vom 19. Dezember 2018 durch die Vorinstanz lag am 15. Mai 2019 vor (pag. 637 ff.).

4.

- 4.1 Gegen den Entscheid vom 19. Dezember 2018 reichte der Berufungskläger mit Schreiben vom 17. Juni 2019 (Postaufgabe gleichentags) bei der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern Berufung ein und stellte den Antrag, «die Klage sei abzuweisen» (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, pag. 699).
- 4.2 Mit Schreiben vom 9. September 2019 (Postaufgabe gleichentags) reichte die Berufungsbeklagte eine Berufungsantwort ein und schloss auf kostenfällige Abweisung der Berufung (pag. 737).
- 4.3 Mit Verfügung vom 10. September 2019 forderte der Instruktionsrichter die Parteien zur Einreichung ihrer Kostennoten auf und stellte ihnen einen schriftlichen Entscheid in Aussicht (pag. 761).

II.

5.

- 5.1 Das Obergericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 60 ZPO; BGE 142 III 48 E. 4.1.2 S. 54).
- 5.2 Angefochten ist ein verfahrensabschliessender Entscheid des Regionalgerichts Oberland 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).
- 5.3 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 Entscheidfindung 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]).
- 5.4 Der vorinstanzliche Entscheid resp. die ausgefertigte Entscheidbegründung wurde dem Berufungskläger am 16. Mai 2019 zugestellt (pag. 695). Mit Postaufgabe am 17. Juni 2019 erfolgte die Berufung fristgerecht innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 Bst. c ZPO).
- 5.5 Auf die frist- und formgerechte Berufung ist einzutreten.

III.

6.

- 6.1 Der Berufungskläger macht eine Verletzung seines Rechts auf einen fairen Prozess nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend, indem ihm nicht bereits anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 eine Prozessvertretung nach Art. 69 Abs. 1 ZPO bestellt worden sei. Es sei nämlich für die Vorinstanz bereits von Beginn der Hauptverhandlung an offensichtlich gewesen, dass der Berufungskläger nicht in der Lage gewesen sei, einen Prozess eigenständig zu führen. Indem die Verhandlung nicht abgebrochen und die ersten Parteivorträge abgehalten worden seien, sei der Aktenschluss eingetreten; damit hätten weitere im Hausinnern festgestellte Mängel und damit zusammenhängende Ergänzungsfragen an den Experten nicht mehr thematisiert werden können. Im Zeitpunkt der Bestellung einer Prozessvertretung nach Art. 69 Abs. 1 ZPO am 2. Mai 2017 sei der Grossteil des erstinstanzlichen Prozesses bereits gelaufen gewesen (pag. 699 f.).
- 6.2 Der Berufungskläger macht damit sinngemäss einen Verstoss gegen Art. 69 Abs. 1 ZPO sowie eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend. Eine allfällige Verletzung von Art. 69 Abs. 1 ZPO bedeutet nämlich zugleich eine Verletzung des verfassungs- bzw. völkerrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie eine Verletzung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV (so zutreffend FRANCESCO TREZZINI, in: Trezzini et al. [Hrsg.], *Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2. Aufl., N. 35 zu Art. 69 ZPO; ähnlich auch STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., N. 3 zu Art. 69 ZPO).

7.

- 7.1 Das Recht, angehört zu werden ist formeller Natur und dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Urteil des Bundesgerichts 5A_485/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 2.3). Rechtsfolge einer unrichtigen Anwendung von Art. 69 Abs. 1 ZPO ist daher die Nichtigkeit sämtlicher Prozesshandlungen der Parteien und des Gerichts, die während der Postulationsunfähigkeit der fraglichen Partei vorgenommen wurden, und damit einhergehend die Aufhebung des angefochtenen Entscheids unter Zurückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung (vgl. TREZZINI, a.a.O., N. 35 zu Art. 69 ZPO).
- 7.2 Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 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 Anspruchs auf rechtliches Gehör 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 (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f. mit Hinweisen; 132 V 387 E. 5.1 S. 390). Zu beachten und problematisch ist jedoch, dass eine Partei durch die Heilung der Gehörsverletzung und dem damit verbundenen Verzicht auf die Rückweisung einer Rechtsmittelinstanz verlustig gehen kann.

8.

8.1 Art. 69 Abs. 1 ZPO lautet wie folgt:

«Ist eine Partei offensichtlich nicht imstande, den Prozess selbst zu führen, so kann das Gericht sie auffordern, eine Vertreterin oder einen Vertreter zu beauftragen. Leistet die Partei innert der angesetzten Frist keine Folge, so bestellt ihr das Gericht eine Vertretung.»

8.2 Die Norm ist – wie auch das Bundesgericht im Urteil 5A_618/2015 vom 2. März 2016 E. 6.7 festgestellt hat – als «Kann-Vorschrift» ausgestaltet. Daraus ist indessen einzig zu schliessen, dass ein Prozessführungsunvermögen nicht leichthin anzunehmen ist. Wird ein solches festgestellt, steht es nicht etwa im Ermessen des Gerichts, ob es Art. 69 Abs. 1 ZPO anwenden will – das Gericht ist vor dem verfassungs- und völkerrechtlichen Hintergrund des Art. 69 ZPO vielmehr verpflichtet, die postulationsunfähige Partei zur Bestellung eines Vertreters aufzufordern bzw. die Prozessvertretung selbst zu bestellen (in diesem Sinne auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_712/2017 vom 30. Januar 2018 E. 5.2 [wonach das Gericht zur Bestellung des Vertreters «gehalten» sei]; aus der Lehre sodann STAEHELIN/SCHWEIZER, a.a.O., N. 4 zu Art. 59 ZPO [«Handlungspflicht des Gerichts»] und ANDREAS LIENHARD, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, 2013, Rz. 314).

8.3 Art. 69 ZPO beschränkt die im Zivilprozess anerkannte Freiheit jeder Partei, persönlich und ohne Vertretung vor Gericht die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen, prozessuale Anträge zu stellen, schriftliche oder mündliche Parteivorträge zu halten etc. (sog. Postulationsfähigkeit: BGE 132 I 1 E. 3.2 S. 5). Die Voraussetzung, dass die Partei «offensichtlich» ausserstande sein muss, den Prozess selber zu führen, gebietet, eine Unfähigkeit dazu nicht leichthin anzunehmen. Grundsätzlich ist jede Partei selbst dafür verantwortlich, dass ihre Eingabe den gesetzlichen Anforderungen genügt (Urteile des Bundesgerichts 1B_163/2012 vom 28. März 2012 E. 3 und 6B_355/2008 vom 15. Januar 2009 E. 3.2). Dass die Eingabe eines Laien als lückenhaft erscheint, rechtfertigt die Annahme einer Postulationsunfähigkeit für sich allein nicht (Urteil des Bundesgerichts 8C_1033/2010 vom 10. Juni 2011 E. 2). Zu berücksichtigen sind vielmehr die Komplexität der Streitsache, die sich stellenden rechtlichen und technischen Fragen und das Verhalten der Partei (Urteil des Bundesgerichts 5A_618/2012 vom 27. Mai 2013 E. 3.1). Das Unvermögen kann in vielerlei Umständen begründet liegen, zu denken ist etwa an Analphabetismus sowie kulturell, bildungs- oder psychisch bedingte Unbeholfenheit (STAEHELIN/SCHWEIZER, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 69).

8.4 Das Gericht hat zu beurteilen, ob die betreffende Person im Hinblick auf die noch vorzunehmenden Prozesshandlungen versteht, was im Prozess wichtig und un-

wichtig ist. Bei der Gesamtbetrachtung des Prozessgebarens muss die Unfähigkeit der Partei klar zu Tage treten. Die Partei muss mit der Prozessführung und der Wahrung ihrer Rechte in Bezug auf den konkreten Streitgegenstand klar und kontinuierlich überfordert sein. Vermag eine Partei der mündlichen Gerichtsverhandlung nicht zu folgen und/oder ist sie nicht im Stande, sich vor Gericht adäquat auszudrücken, so ist nach Art. 69 ZPO vorzugehen. Das öffentliche Interesse an der Waffengleichheit der Parteien sowie der Schutz der rechtsunerfahrenen Person sind gegen die persönliche Freiheit der entsprechenden Person abzuwägen (TENCHIO, a.a.O., N 8 zu Art. 69 ZPO m.w.H.).

9.

9.1 Mit Verfügung vom 6. Januar 2017 forderte die Vorinstanz den Berufungskläger auf, bis am 30. Januar 2017 einen Rechtsvertreter zu bestellen (pag. 199). Mit Verfügung vom 27. März 2017 stellte die Vorinstanz fest, dass der Berufungskläger die ihm angesetzte Frist ungenutzt hat verstreichen lassen. Gleichzeitig ordnete die Vorinstanz in Ziff. 2 der Verfügung Folgendes an (pag. 203):

«Gestützt auf die bisherigen Akten und den persönlichen Eindruck, welchen der Beklagte/Widerkläger anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 hinterlassen hat, wird ihm [sc. dem Berufungskläger] ab sofort die Postulationsfähigkeit im Sinne von Art. 69 ZPO aberkannt (...).»

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, dass dem (zunächst nicht anwaltlich vertretenen) Berufungskläger bereits die Klageantwort zur Verbesserung habe zurückgeschickt werden müssen, da sie keine Anträge enthalten habe. Da der vom Berufungskläger daraufhin mandatierte Rechtsanwalt das Mandat am 26. September 2016 niedergelegt habe, sei der Berufungskläger alleine an der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 erschienen. Der Berufungskläger sei portugiesischer Muttersprache, weshalb für ihn eine Übersetzerin habe aufgeboten werden müssen. Es sei aber weder dem Gericht noch der Übersetzerin gelungen, ein Gespräch mit dem Berufungskläger zu führen. Der Berufungskläger habe anlässlich der Hauptverhandlung über weite Teile unzusammenhängend gesprochen und sei inhaltlich von einem Thema zum anderen gesprungen. Er scheine zwar klare Gedanken fassen zu können, bekunde aber sowohl im Deutschen wie auch auf Portugiesisch grosse Mühe, diese zu äussern. Seine Sätze hätten oft eines logischen Aufbaus entbehrt, so dass diese weitgehend unverständlich geblieben seien. Er habe ununterbrochen geredet und auf die Nachfragen des Gerichtspräsidenten nicht reagiert. Auch im Rahmen der getrennten Vergleichsverhandlungen sei es nicht möglich gewesen, auch nur ein annähernd normales Gespräch mit dem Berufungskläger zu führen. Er habe immerfort geredet, ohne dass er den Gerichtspräsidenten zu Wort habe kommen oder sich habe unterbrechen lassen. Das Gericht sei nicht in der Lage gewesen, zu verstehen, was der Berufungskläger habe mitteilen wollen. Gestützt auf die schriftlichen Eingaben und das Verhalten des Berufungsklägers im laufenden Verfahren sowie insbesondere den persönlichen Eindruck anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 ergebe sich, dass der Berufungskläger offensichtlich nicht imstande sei, den Prozess selber zu Ende zu führen. Es fehle

ihm im konkreten Fall die Fähigkeit zu verstehen, was im Prozes wichtig bzw. unwichtig ist. Überdies sei er offenkundig nicht in der Lage, seine Gedanken so zu äussern, das Dritte diese verstehen (pag. 207).

- 9.2 Mit Verfügung vom 2. Mai 2017 setzte die Vorinstanz Rechtsanwalt B. _____ als Vertretungsbeistand im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO für den Berufungskläger ein (pag. 213).
- 9.3 In ihrer Berufungsantwort macht die Berufungsbeklagte nun sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe dem Berufungskläger zu Unrecht die Postulationsfähigkeit aberkannt. Während der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 habe sich der Berufungskläger unbeeindruckt und durchaus in der Lage gezeigt, den Ausführungen des Gerichts und der Berufungsbeklagten zu folgen, darauf zu reagieren und die eigenen Anträge und Ausführungen zu bestätigen und zu ergänzen. Er habe nicht den Anschein gemacht, dass er mit der Prozessführung überfordert gewesen wäre. So habe er selbständig weitere Beweismassnahmen, namentlich einen Augenschein, beantragt und ausdrücklich in Vergleichsverhandlungen eingewilligt (pag. 739). Weder vor noch während der Hauptverhandlung hätten dringende Anzeichen für die fehlende Postulationsfähigkeit des Berufungsklägers bestanden. Er habe der Verhandlung sprachlich und intellektuell folgen können, indem er gemäss eigenen Aussagen nicht auf eine Übersetzung angewiesen gewesen sei und eigene Anträge und Fragen gestellt habe. Seine Rechtsposition und die Rechtsschrift sei von der Rechtsvertretung erarbeitet und eingereicht worden. Der Berufungskläger habe die eigene Position vertreten und begründen können und habe keinen Antrag auf Beizug eines Rechtsanwaltes gestellt. Er sei folglich nicht blosses Objekt der Verhandlung gewesen (pag. 741). Richtig sei, dass er die Einvernahmen zeitweise erheblich gestört habe, indem er sich trotz mehrfacher richterlicher Ermahnungen immer wieder unaufgefordert und destruktiv geäussert habe. Dieses Verhalten sei jedoch nicht auf fehlenden Intellekt, sondern vielmehr auf das Temperament zurückzuführen. Relevante psychische Defizite seien auch nicht ersichtlich (pag. 743).
- 9.4 Die Beobachtungen der Vorinstanz und jene der Berufungsbeklagten klaffen diametral auseinander. Bei genauer Analyse des Protokolls der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 bestätigt sich jedoch die Sicht des Gerichts: Die Ausführungen des Berufungsklägers, die er in seinem ersten Parteivortrag gemacht hat, wurden verhältnismässig kurz protokolliert (pag. 169). Aus den verwendeten Formulierungen ergibt sich, dass der Berufungskläger im Wesentlichen nur Antworten auf direkte Fragen des Gerichts gegeben hat, wie etwa, ob er die Anträge seines Anwalts in der Klageantwort bestätige. Dies stellt praxisgemäss die erste Frage einer Parteibefragung dar. Der Berufungskläger hat keine eigenständigen Gedanken geäussert. Weiter hat der Berufungskläger ausgeführt, dass es das Beste sei, wenn sich das Gericht die Sache vor Ort anschau, worin die Vorinstanz den Antrag auf Durchführung eines Augenscheins erblickt hat. Dass der Berufungskläger sich mit diesen Ausführungen bewusst war, formell einen Beweisantrag zu stellen, lässt sich den protokollierten Ausführungen nicht entnehmen (der Antrag war auch nicht neu bzw. wurde schon in der Klageantwort / Widerklage gestellt [pag. 69]). Die relativ kurze Protokollierung

scheint eher darauf hinzudeuten, dass der Berufungskläger sehr unverständlich sprach und dass sich schlicht nichts protokollieren liess, was einen Sinn ergeben hätte. Die Schilderungen der Vorinstanz, wonach kein «auch nur annähernd normales Gespräch» mit dem Berufungskläger möglich gewesen sei und das Gericht «ausser Stande» gewesen sei, ihn überhaupt zu verstehen oder insbesondere auch die Angabe, dass der Berufungskläger allgemein «offenkundig nicht in der Lage» sei, sich für Dritte verständlich zu äussern, sind relativ eindeutig (pag. 207). Zwar beziehen sich diese Angaben auf die anlässlich der Hauptverhandlung geführten Vergleichsverhandlungen. Dass die Umstände zu Beginn der Verhandlung im Rahmen des ersten Parteivortrags anders gewesen sein sollen, ist indessen nicht naheliegend, zumal die Vergleichsverhandlungen direkt im Anschluss an die Parteivorträge geführt worden sind (Beginn der Verhandlung um 08:30 Uhr, Parteivorträge und Vergleichsverhandlungen vor und nach 09:15 Uhr, s. pag. 169 ff.). Im Fortgang der Verhandlung und nach Abgabe der mehrseitigen Beweisverfügung (pag. 174 f.) stellte der Gerichtspräsident in Aussicht, dem Berufungskläger eine Frist für die Mandatierung eines Rechtsvertreters ansetzen zu wollen (pag. 175). Dessen ungeachtet, wurden das Beweisverfahren eröffnet und die Berufungsbeklagte sowie zwei Zeugen einvernommen (pag. 177 ff.). Schliesslich hat der Gerichtspräsident auf eine Parteibefragung des Berufungsklägers verzichtet und erklärt, dass die Befragung nachgeholt werde, sobald der Berufungskläger wieder anwaltlich vertreten sei (pag. 185). Das ist eine ungewöhnliche Vorgehensweise vor bernischen Gerichten und spricht klar gegen die Version der Berufungsbeklagten, wonach der Berufungskläger «nicht den Anschein gemacht» habe, «dass er mit der Prozessführung überfordert gewesen wäre». Schliesslich hat der Berufungskläger ausdrücklich erklärt, es sei für ihn schwierig, Fragen an den Zeugen zu stellen; es brauche eine neue Gerichtsverhandlung, wenn er wieder einen Anwalt habe (pag. 193). Daraufhin wurde die Verhandlung unterbrochen.

Insgesamt vermag die Berufungsbeklagte die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 27. März 2017 (pag. 203 ff.), wonach der Berufungskläger offensichtlich nicht imstande sei, den Prozess selbst zu führen, nicht anzuzweifeln.

- 9.5 Damit stellt sich einzig die Frage, ob die Hauptverhandlung nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte abgebrochen werden müssen. Dabei muss zunächst in Erinnerung gerufen werden, dass sich der Berufungskläger mit einer Klage über CHF 37'366.00 konfrontiert sah, also einem Streitgegenstand, der in das ordentliche Verfahren fällt, wo die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) in ihrer vollen Strenge greift und der unterliegenden Partei unter Umständen erhebliche Kostenfolgen drohen. Das ordentliche Verfahren ist – anders als das vereinfachte Verfahren – kein laienfreundlicher Prozess. Die Anforderungen an den Entzug der Postulationsfähigkeit sind hier folglich geringer als bei einem Streitwert unter CHF 30'000.00 und die Verbeiständung nach Art. 69 Abs. 1 ZPO eher angezeigt als im vereinfachten Verfahren, zumal auch die richterliche Fragepflicht von Art. 56 ZPO beschränkt und es dem Richter nicht erlaubt ist, einer unbeholfenen Partei ohne weiteres Hilfestellung zu leisten. Hinzu kommt, dass sich in Streitigkeiten aus Werkvertrag oft komplizierte Sachverhalts- und Rechtsfragen stellen, denen juristische Laien generell nicht gewachsen sind.

- 9.6 Vorliegend bestanden schon zu Beginn des Verfahrens Anzeichen, dass die Postulationsfähigkeit des Berufungsklägers beeinträchtigt oder nicht gegeben sein könnte. Bereits aus der Klageantwort lässt sich schliessen, dass der Berufungskläger gegen eine anwaltlich vertretene Gegenpartei im ordentlichen Verfahren grosse Schwierigkeiten haben wird, mit seinen Argumenten zu überzeugen. Die Vorinstanz hat daher die Klageantwort (die, wie sich im späteren Verfahren herausstellte, wohl von der Ehefrau des Berufungsklägers verfasst wurde; s. die unaufgeforderte Eingabe vom 29. November 2018, pag. 555, die den bisherigen, vom Berufungsbeklagten eingereichten Eingaben formell entspricht) zu Recht zur Verbesserung zurückgewiesen. Nachdem der vom Berufungskläger nachträglich mandatierte Rechtsanwalt G._____ am 26. September 2016 seine Mandatsniederlegung angezeigt hatte, hätte die Vorinstanz jedoch hellhörig werden müssen. Es ist ihr zwar nicht zum Vorwurf zu machen, den bereits festgelegten Termin für die Hauptverhandlung am 14. Dezember 2016 einstweilen stehen zu lassen. Nach der Rückweisung der Klageantwort hätten aber Zweifel aufkommen müssen, ob der Berufungskläger anlässlich einer mündlichen Verhandlung fähig sein würde, sich selbständig und angemessen zu äussern. Nachdem daraufhin bereits die Ausführungen des Berufungsklägers im ersten Parteivortrag wirr gewesen sind, ist die Vorinstanz direkt in getrennte Vergleichsverhandlungen eingestiegen. Spätestens dort ist die Postulationsunfähigkeit des Berufungsklägers gestützt auf die wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz offensichtlich zutage getreten (pag. 207). Es ist nicht naheliegend, dass sich der Zustand des Berufungsklägers bzw. dessen Äusserungsweise innert wenigen Minuten drastisch verschlechtert hatte (s. bereits oben, Ziff. III.9.4). Zwar war der Aktenschluss im Zeitpunkt der Aufnahme der Vergleichsverhandlungen bereits eingetreten. Dessen ungeachtet, hätte es dem Gerichtspräsidenten offen gestanden, die Postulationsunfähigkeit des Berufungsklägers bereits während oder nach den Vergleichsverhandlungen (rückwirkend) festzustellen, auf den Erlass der Beweisverfügung, auf die Parteibefragung des Organs der Berufungsbeklagten sowie die Zeugeneinvernahme von H._____ zu verzichten und dem Berufungskläger die Möglichkeit zur Wiederholung des ersten Parteivortrags unter Beiordnung eines Rechtsbeistandes zu geben. Nur so hätte der Berufungskläger die Möglichkeit gehabt, einen eigenständigen Sachvortrag oder weitere Beweismittel in das Verfahren einzuführen.
- 9.7 Durch die verspätete Feststellung der fehlenden Postulationsfähigkeit des Berufungsklägers und insbesondere dem damit verbundenen Verlust der Möglichkeit, unbeschränkt einen eigenen Sachvortrag ins Verfahren einzubringen, hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Berufungsklägers verletzt.
- 9.8 Eine Heilung der Gehörsverletzung kommt vorliegend nicht in Frage. Zwar verfügt die Berufungsinstanz über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Urteil des Bundesgerichts 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1, Art. 310 ZPO). Bei der Beweiswürdigung und Entscheidung blieb jedoch ein Teil der Ansprüche bzw. der Beweisgrundlage von der Vorinstanz unberücksichtigt und der mit der Heilung einhergehende Instanzenverlust würde damit zu schwer wiegen. Würde vorliegend

ein Entscheid in der Sache gefällt (erstmalig basierend auf sämtlichen Beweismitteln), stünde den Parteien anschliessend nur noch die Beschwerde an das Bundesgericht offen. Dieses könnte jedoch nicht mit freier Kognition entscheiden, sondern wäre an die von der Berufungsinstanz getroffenen Sachverhaltsfeststellungen gebunden (Art. 105 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Dem Berufungskläger bzw. der Berufungsbeklagten ginge damit nicht nur eine Instanz verloren, sondern es fände auch keine volle Überprüfung des rechtserheblichen Sachverhalts durch eine zweite Instanz statt.

- 9.9 Nach dem Gesagten führt der schwerwiegende Verfahrensmangel grundsätzlich zur Nichtigkeit sämtlicher während der Postulationsunfähigkeit erfolgten Prozesshandlungen der Parteien und des Gerichts und damit einhergehend zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung (s. oben, Ziff. 7). Im konkreten Fall rechtfertigt sich im hingegen eine differenzierte Betrachtungsweise:
- 9.10 Der Grundsatz von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot gebieten, Verfahrensmängel nach deren Erkennbarkeit unverzüglich geltend zu machen. Die Parteien sind daher gehalten, verfahrensrechtliche Einwendungen so früh wie möglich vorzubringen, mithin bei erster Gelegenheit nach Kenntnissnahme des Mangels. Ansonsten können sie diese nicht mehr erheben (BGE 143 V 66 E. 4.3; 140 1271 E. 8.4.3; 135 III 334 E. 2.2). Dies gilt auch für die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. BGE 138 III 97 E. 3.3.2; Urteile 5A_75/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 2.3; 10_114/2016 vom 9. Juni 2016 E. 2.1; 5A_121/2013 vom 2. Juli 2013 E. 4.2).

Zwar verfängt das Argument der Berufungsbeklagten, wonach der Berufungskläger nach der Mandatsniederlegung selbständig einen anderen Anwalt hätte mandatieren können unter der Annahme der fehlenden Postulationsfähigkeit nicht. Es kann von einer Partei nicht verlangt werden, dass sie sich ihrer Postulationsunfähigkeit bewusst ist und von sich aus tätig wird. Hingegen musste Rechtsanwalt B._____ nach seiner Einsetzung und sobald er in der Lage war, die Rechtslage zu beurteilen und den Verfahrensfehler zu entdecken, umgehend intervenieren resp. den Sachverhalt ergänzen und weitere Beweisanträge stellen und begründen. Dieser Obliegenheit ist Rechtsanwalt B._____ denn auch nachgekommen: Nach seiner Einsetzung als Vertretungsbeistand des Berufungsklägers am 2. Mai 2017 (pag. 213) stellte er anlässlich des Augenscheins vom 7. Dezember 2017 den Antrag, auch den oberen Stock des Gebäudes zu besichtigen. Dem Antrag wurde – trotz der Tatsache, dass dies nicht Verfahrensgegenstand bildete – stattgegeben. Dort machte der Berufungskläger einige Ausführungen zum Zustand im Innern des Hauses (pag. 299 ff.). Im Nachgang an den Augenschein hat Rechtsanwalt B._____ mit Schreiben vom 26. Februar 2018 sodann Fragen an den Gutachter zu neuen Themenbereichen beantragt (Qualität des Daches der Liegenschaft sowie Fragen zum Thema «zu schmaler Balken im Gang»; pag. 331 f.). Diese Anträge erfolgten angesichts der Komplexität des Verfahrens «unverzüglich» und damit rechtzeitig.

Die Abweisung dieser Beweisanträge durch die Vorinstanz mit der Begründung, sie seien zu spät vorgebracht worden (s. Verfügung vom 27. März 2018, pag. 355),

hätte unter Berücksichtigung der obenstehenden Ausführungen nicht erfolgen dürfen. Dagegen hat sich Rechtsanwalt B._____ zu Recht gewehrt und stellte die gleichen Beweisanträge ein weiteres Mal (s. Schreiben vom 22. Mai 2018, pag. 389 f.; s. auch dasjenige vom 29. Juni 2018, pag. 443 f.). Es ist daher davon auszugehen, dass es dem Berufungskläger um die Klärung eben dieser Sachverhalte ging, die er mit den beantragten Beweismitteln zu untermauern gedachte.

Weitere neue Anträge wären hingegen verspätet. Die Rückweisung an die Vorinstanz hat deshalb in beschränkter Weise und mit Fokus auf die Thematiken gemäss den zu Unrecht abgewiesenen Beweisanträgen zu erfolgen. Eine unbeschränkte Rückweisung an die Vorinstanz würde dazu führen, dass der Berufungskläger unbeschränkt neue Beweismittel ins Verfahren einbringen könnte. Dies würde Tür und Tor dafür öffnen, nach fast 5 Jahren Sachverhalte ins Verfahren einzubringen, die bisher nicht zur Diskussion standen. Rechtsanwalt B._____ hat im vorinstanzlichen Verfahren eingebracht, welche Themenbereiche zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sind. Darauf ist er zu behaften.

- 9.11 Nach dem Gesagten ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei hat die Vorinstanz nach folgendem «Verfahrensprogramm» vorzugehen:

- Wiederholung der Hauptverhandlung:
Der Berufungskläger ist zunächst betreffend die abgewiesenen Beweisanträge (Thema der Dachmasse [vgl. Ziff. 2-9 des Schreibens vom 26. Februar 2018, pag. 331] sowie Thema des «zu schmalen Balkens im Gang» [Ziff. 1-6 des Schreibens vom 26. Februar 2018, pag. 333]) zu einem neuen Tatsachenvortrag und neuen Rechtsbegehren zuzulassen.
- Entsprechende Ergänzung der Beweisverfügung
- Materielle Behandlung der seitens des Berufungsklägers gestellten und begründeten Beweisanträge
- Erneute (beschränkte) Parteibefragungen und Einvernahme des anlässlich der Hauptverhandlung befragten Zeugen (H._____).
- Ergänzung / Wiederholung der weiteren Beweismassnahmen (evtl. Ergänzung des Gutachtens, evtl. Zeugenbefragungen der übrigen Zeugen [I._____ und J._____], soweit die neuen Tatsachen und Beweismittel dazu Anlass geben). Die erneute Durchführung eines Augenscheins dürfte sich erübrigen, zumal das Gericht am 7. Dezember 2018 die Balken im Inneren des Hauses bereits besichtigt hat (pag. 299 f.).

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich eine Beurteilung der materiellen Rechtslage.

IV.

11.

- 11.1 Die Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten) werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 Bst. f ZPO).
- 11.2 Solch besondere Umstände liegen hier vor: Zwar dringt der Berufungskläger mit seiner Argumentation, wonach die Vorinstanz sein Recht auf ein faires Verfahren verletzt hat, durch, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Die Rückweisung ist jedoch lediglich formeller Natur, während das Ergebnis in materieller Hinsicht noch offen bleibt. Die Klage wird nicht wie beantragt abgewiesen. Diese Umstände rechtfertigen es vorliegend, die Gerichtskosten zu halbieren und die Parteikosten wettzuschlagen.

12.

- 12.1 Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens bestimmen sich anhand des Streitwerts. Vor der Rechtsmittelinstanz ist der vorinstanzlich im Rahmen der Widerklage geltend gemachte Betrag von CHF 32'436.00 nicht mehr streitig (der Berufungskläger stellt in seiner Berufung keinen Antrag auf Gutheissung der Widerklage sondern verlangt lediglich die Klageabweisung und macht überdies die Verrechnung geltend). Für die Berechnung der oberinstanzlichen Verfahrenskosten ist daher auf den Streitwert der Klage von CHF 37'366.00 abzustellen.
- 12.2 Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00 (Art. 44 Abs. 1 Bst. b i.V.m. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]) werden den Parteien je hälftig auferlegt. Der Betrag wird dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von CHF 5'550.00 entnommen. Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger CHF 1'000.00 für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen und der Berufungskläger erhält aus der Gerichtskasse CHF 3'550.00 zurück.
13. Über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wird die Vorinstanz bei der Neuurteilung befinden müssen.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Entscheid des Regionalgerichts Oberland vom 19. Dezember 2018 wird aufgehoben. Die Sache wird zwecks erneuter Durchführung der Hauptverhandlung und zur anschliessenden Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, werden den Parteien je hälftig auferlegt. Der Betrag wird dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von CHF 5'550.00 entnommen. Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger CHF 1'000.00 für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen und dem Berufungskläger werden CHF 3'550.00 aus der Gerichtskasse zurückerstattet.
3. Jede Partei trägt ihre eigenen Parteikosten.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien
 - der Vorinstanz

Bern, 29. Oktober 2019

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Hurni

Die Gerichtsschreiberin:

Brütsch

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung 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: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.