

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 22 419

Bern, 18. April 2023

Besetzung

Oberrichter Bettler (Referent), Oberrichterin Sanwald und Ober-
richter Studiger
Gerichtsschreiberin Wellig

Verfahrensbeteiligte

A._____

Klägerin/Berufungsklägerin

gegen

B._____

vertreten durch Fürsprecher C. _____

Beklagte/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Gültigkeit Klagebewilligung

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Oberland
vom 23. August 2023 (CIV 21 1292)



Regeste

Art. 311 Abs. 1 und Art. 317 Abs. 1 ZPO; ein «aus den Akten weisen» gibt es nicht.

Die Einreichung einer unzulässigen Eingabe (wie vorliegend eine Berufungsergänzung nach Ablauf der Berufsfrist) oder etwa unzulässiger Noven im Rechtsmittelverfahren hat einzig zur Folge, dass diese unberücksichtigt bleiben. Sie dürfen nicht aus dem Recht gewiesen werden, sondern sind zu den Akten zu nehmen. Ein «aus den Akten weisen» oder «aus dem Recht weisen» gibt es nicht (E. 5.3).

Art. 209 Abs. 1 Bst. b ZPO; Widerklage im Schlichtungsverfahren; Prosequierung.

Eine selbständige Prosequierung der im Schlichtungsverfahren erhobenen Widerklage ist unzulässig, wenn die Hauptklägerin auf eine Klageeinreichung verzichtet. Dabei ist unerheblich, ob der Widerklägerin von der Schlichtungsbehörde fälschlicherweise eine (Wider-) Klagebewilligung ausgestellt worden ist oder nicht (E. 7.3).

Insbesondere kann sich die Widerklägerin, der eine (Wider-)Klagebewilligung ausgestellt wurde, nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen sind (E. 7.2.2).

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend Berufungsklägerin) als Vermieterin und B._____ (nachfolgend Berufungsbeklagte) als Mieterin schlossen am 31. Juli 2020 einen Mietvertrag über eine 4½-Zimmer-Wohnung an der D._____ (Strasse) in E._____ (Ortschaft) ab.
2.
 - 2.1 Am 22. Januar 2021 gelangte die Berufungsbeklagte mit einem Schlichtungsgesuch gegen die Berufungsklägerin an die Schlichtungsbehörde Oberland (Verfahren OL 21 92).
 - 2.2 Am 1. Februar 2021 sprach die Berufungsklägerin die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses per 31. Mai 2021 aus. Die Berufungsbeklagte kündigte ihrerseits am 11. Februar 2021 per Ende Februar 2021 fristlos.
3.
 - 3.1 Im Schlichtungsverfahren OL 21 92 beantragte die Berufungsbeklagte im Zusammenhang mit von ihr behaupteten Mängeln am Mietobjekt schliesslich (Eingabe vom 25. März 2021) eine Mietzinsreduktion, den Ersatz von Umzugskosten und die Auszahlung des Mietzinsdepots.
 - 3.2 Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 1. April 2021 konstituierte sich die Berufungsklägerin als Widerklägerin und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Die Klage vom 21.01.2021/25.03.2021 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verurteilen, der Beklagten/Widerklägerin einen Betrag von CHF 13'200.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit wann rechts zu bezahlen.
3. Die Beklagte/Widerklägerin sei widerklageweise zu ermächtigen, die Schäden gemäss Abgabeprotokoll auf Kosten der Widerbeklagten zu beseitigen.

Nachdem die Vergleichsverhandlungen scheiterten, ersuchte die Berufungsklägerin darum, dass ihr als Widerklägerin ebenfalls die Klagebewilligung zu erteilen sei. Die Schlichtungsbehörde Oberland entsprach diesem Antrag und erteilte in der Folge sowohl der Berufungsbeklagten als Klägerin als auch der Berufungsklägerin als Widerklägerin die Klagebewilligung (vgl. Klagebeilage [KB] 2).

- 3.3 Die Berufungsbeklagte machte in der Folge von ihrer Klagebewilligung keinen Gebrauch, reichte insoweit also keine Klage beim Regionalgericht ein.
- 3.4 Am 11. Mai 2021 erhob die Berufungsklägerin beim Regionalgericht Oberland Klage gegen die Berufungsbeklagte. Sie beantragte, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihr kostenfällig CHF 8'408.00 zuzüglich 5 % Zins seit wann rechts zu bezahlen (pag. 1 ff.).
- 3.5 Die Berufungsbeklagte beantragte mit Stellungnahme vom 10. September 2021, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, subeventualiter sei die Klage soweit den Betrag von CHF 2'450.00 übersteigend abzuweisen (pag. 43 ff.).
- 3.6 Mit Verfügung vom 4. November 2021 lud das Regionalgericht die Parteien zur Verhandlung im vereinfachten Verfahren vor. Dabei waren die ersten Parteivorträge, gegebenenfalls Vergleichsverhandlungen und das Beweisverfahren (Parteibefragungen) vorgesehen. Die Parteien wurden explizit darauf hingewiesen, dass nicht mit den zweiten Parteivorträgen und dem Entscheid zu rechnen sei (pag. 79 ff.).
- 3.7 Anlässlich der Verhandlung vom 3. Februar 2022 vor dem Regionalgericht modifizierte die Berufungsklägerin ihre Rechtsbegehren in der Sache wie folgt (pag. 103):
 1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin CHF 10'000.00 zuzüglich Zins von 5 % seit wann rechts zu bezahlen.
 2. Eventualiter: Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin CHF 8'408.00 zuzüglich Zins von 5 % seit wann rechts zu bezahlen.

Im Rahmen der Vergleichsverhandlungen wurde ein Vereinbarungsentwurf ausgearbeitet. Mit Eingabe vom 14. Februar 2022 erklärte die Berufungsklägerin die Vergleichsverhandlungen als gescheitert und nahm zum Fortgang des Verfahrens Stellung (pag. 123 ff.).

- 3.8 Mit Verfügung vom 13. Juni 2022 stellte das Regionalgericht den Parteien in Aussicht, das Verfahren auf die Gültigkeit der Klagebewilligung der Berufungsklägerin zu beschränken (pag. 163). Beide Parteien äusserten sich dazu (pag. 167 und pag. 171 ff.).
- 3.9 Mit Entscheid vom 23. August 2022 beschränkte das Regionalgericht das Verfahren auf die Frage der Gültigkeit der Klagebewilligung und trat auf die Klage der Be-

rufungsklägerin wegen Fehlens einer gültigen Klagebewilligung kostenfällig nicht ein (pag. 179 ff.).

4.

- 4.1 Gegen diesen Entscheid hat die Berufungsklägerin am 15. September 2022 beim Obergericht des Kantons Bern Berufung erhoben. Sie beantragt die Aufhebung des Nichteintretensentscheids, die Feststellung der Gültigkeit der Klagebewilligung und die Fortsetzung des regionalgerichtlichen Verfahrens. Jedoch sei am Regionalgericht eine andere Gerichtspräsidentin oder ein anderer Gerichtspräsident mit dem strittigen Verfahren zu betrauen (pag. 209 ff.).
- 4.2 In ihrer Berufungsantwort vom 28. Oktober 2022 beantragt die Berufungsbeklagte, die Berufung sei kostenfällig abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (pag. 243 ff.).
- 4.3 Mit Eingaben vom 4. November 2022 (pag. 271 ff.) und vom 28. Februar 2023 (pag. 293 ff.) hat die Berufungsklägerin ihre Berufung ergänzt.
- 4.4 Mit Stellungnahme vom 16. März 2023 hat die Berufungsbeklagte beantragt, die Eingabe der Berufungsklägerin vom 28. Februar 2023 sei als verspätet aus den Akten zu weisen (pag. 305).

II.

5.

- 5.1 Angefochten ist ein erstinstanzlicher Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit, wobei der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren CHF 10'000.00 beträgt. Die Berufung erweist sich damit als das zulässige Rechtsmittel (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).
- 5.2 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung des mit Berufung weitergezogenen Entscheids zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. 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]).
- 5.3 Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- beziehungsweise Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Eine Ergänzung der Berufung nach Ablauf der Berufsungsfrist ist somit unzulässig (Urteil des BGer 5A_979/2014 vom 12. Februar 2015 E. 2.4). Soweit die Berufungsklägerin ihre Berufung mit den Eingaben vom 4. November 2022 (pag. 271 ff.) und 28. Februar 2023 (pag. 293 ff.) ergänzt, erweisen sich diese Berufungsergänzungen als unzulässig und haben unberücksichtigt zu bleiben. Die

Eingaben wurden im Übrigen auch nicht für Darlegungen verwendet, zu denen die Ausführungen in der Berufungsantwort Anlass gegeben haben, weshalb diese auch unter Berücksichtigung des Replikrechts unbeachtlich zu bleiben hätten.

Soweit die Berufungsbeklagte beantragt, die Eingabe der Berufungsklägerin vom 28. Februar 2023 sei als verspätet aus den Akten zu weisen (pag. 305), so gibt es «aus den Akten weisen» oder «aus dem Recht weisen» nicht (Urteil des KGer/SG FE.2022.9 vom 30. September 2022 E. 3c, in: CAN 2023 S. 27; Urteil des OGer/BE ZK 19 419 vom 12. November 2019 E. 7.5; Urteil des OGer/ZH RB150044 vom 10. Februar 2016 E. 2.1, in: CAN 2016 S. 207). Dies folgt bereits daraus, dass es einer Rechtsmittelinstanz offenstehen muss, zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht Eingaben unberücksichtigt gelassen hat. Dies bedingt, dass sich die entsprechenden Eingaben (wie Rechtsschriften oder Beweismittelleingaben) bei den Akten befinden (vgl. dazu und allgemein zur Aktenführungspflicht des Gerichts als Ausfluss des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör BGE 142 I 86 E. 2.2).

5.4

5.4.1 Die Berufungsklägerin nimmt in ihren Eingaben an das Obergericht auch ausführlich inhaltlich (materiell) zu ihrer Klage Stellung (pag. 209 ff.).

5.4.2 Hat das Regionalgericht das Verfahren auf eine Prozessvoraussetzung beschränkt und darüber entschieden, bildet auch nur dieses Thema den Rechtsmittelgegenstand und das Obergericht kann nicht erstmals andere (vom Regionalgericht noch gar nicht behandelte) Prozessvoraussetzungen prüfen oder erstmals eine materielle Prüfung vornehmen (Urteil des BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 4.2; vgl. auch BGE 139 II 233 E. 3.2).

5.4.3 Vorliegend hat das Regionalgericht das Verfahren auf die Frage der Gültigkeit der Klagebewilligung (und damit auf eine Prozessvoraussetzung) beschränkt und in seinem Nichteintretensentscheid auch nur dieses Thema behandelt. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet demnach einzig dieses Nichteintreten. Soweit die Berufungsklägerin in ihrer Berufung ausführlich inhaltlich zu ihrer Klage Stellung nimmt und entsprechende (neue) Beweismittel vorlegt, erweist sich demnach die Berufung als unzulässig. Die erstmals im Berufungsverfahren eingereichten (neuen) Beweismittel (Schreiben vom 24. Februar 2021 und regionalgerichtlicher Vereinbarungsentwurf vom 3. Februar 2022) sind im Übrigen auch deshalb unzulässig und unbeachtlich, da dafür die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt wären.

5.5 Im Übrigen ist auf die form- und fristgerecht eingereichte (Art. 311 ZPO) Berufung einzutreten.

III.

6.

6.1

6.1.1 Das **Regionalgericht** erwog mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zusammenfassend, wenn eine Verhandlung in der Sache durchgeführt wer-

de, bedeute dies nicht, dass bereits vorbehaltlos auf das Verfahren eingetreten worden sei. So sei anlässlich der Verhandlung vom 3. Februar 2022 denn auch die Frage der Gültigkeit der Klagebewilligung der Berufungsklägerin ausdrücklich diskutiert worden. Ziel der Verhandlung sei primär die Erzielung eines Vergleichs gewesen. Zweite Parteivorträge und ein Entscheid seien explizit nicht vorgesehen gewesen (E. 16 des angefochtenen Entscheids, pag. 183).

- 6.1.2 Die **Berufungsklägerin** macht demgegenüber sinngemäss geltend, das Regionalgericht sei bereits auf ihre Klage eingetreten. Erst nachdem die zuständige Gerichtspräsidentin anlässlich der Verhandlung und während der Beweismittelprüfung die fehlenden Beweismittel der Berufungsbeklagten erkannt habe, sei nach dem Abbruch der Verhandlung der Nichteintretensentscheid erfolgt. Die Gerichtspräsidentin habe sich anlässlich der Verhandlung auch nicht zum Einwand der Berufungsbeklagten betreffend Gültigkeit der Widerklagebewilligung geäussert, sondern sei direkt zu den Vergleichsverhandlungen übergegangen. Somit sei das Regionalgericht an der Verhandlung vom 3. Februar 2022 auf das Verfahren eingetreten (pag. 209 ff.). Ein Verfahrenseintritt sei zudem auch aufgrund der Verfahrensdauer von 17 Monaten bereits erfolgt (pag. 219). Somit erweise sich der nun erfolgte Nichteintretensentscheid bereits aus diesem Grund als rechtswidrig.

6.2

- 6.2.1 Damit ein Gericht ein Sachurteil fällen kann, müssen die Prozessvoraussetzungen erfüllt sein (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Wo dem Prozess ein Schlichtungsgesuch vorauszugehen hat, ist das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde nach Art. 209 ZPO eine Prozessvoraussetzung, die das Gericht gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen hat (BGE 146 III 185 E. 4.4.2; 141 III 159 E. 2.1; 140 III 227 E. 3.2; 139 III 273 E. 2.1).
- 6.2.2 Die Prozessvoraussetzungen 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 ergeht ein Nichteintretensentscheid (BGE 140 III 159 E. 4.2.4; Urteil des BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.2). 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 beziehungsweise 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). Es ist dem Gericht etwa nicht untersagt, seine Zuständigkeit erst in einem fortgeschritteneren Prozessstadium zu überprüfen (BGE 140 III 355 E. 2.4). Die Parteien haben im Übrigen auch keinen Anspruch darauf, dass erst zur Sache verhandelt wird, wenn in einem Zwischenentscheid (Art. 237 ZPO) abschliessend über das Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen entschieden worden ist (Urteile des BGer 4A_197/2022 vom 25. November 2022 E. 2.4.1; 5A_231/2018 vom 28. September

2018 E. 3.2; 5A_703/2017 vom 26. Februar 2018 E. 3.2; 5A_73/2014 vom 18. März 2014 E. 2.3).

- 6.2.3 Die Art der Prozessleitung liegt weitgehend im Ermessen des Gerichts (Art. 124 Abs. 1 Satz 1 ZPO; BGE 140 III 159 E. 4.2).

6.3

- 6.3.1 Einerseits mag es aus Sicht der Berufungsklägerin unbefriedigend erscheinen, dass das Regionalgericht über ein Jahr nach Klageeinreichung und mehrere Monate nach Durchführung der Verhandlung im vereinfachten Verfahren einen Nichteintretensentscheid erlassen hat. Tatsächlich erfolgten die Verfahrensbeschränkung und der gleichzeitig eröffnete Entscheid eher zu einem späten Verfahrenszeitpunkt. Andererseits ist nicht zu beanstanden, wenn das Regionalgericht – wenn das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung fraglich oder zumindest strittig erscheinen mag – die Parteien zu einer Verhandlung vorlädt und dabei hauptsächlich versucht, eine einvernehmliche Einigung zu erzielen (vgl. dazu auch Art. 124 Abs. 3 ZPO). Ein Verbot, in der Sache zu verhandeln, besteht eben erst dann, wenn endgültig feststeht, dass die Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt sind und ein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat.

Dies war vorliegend anlässlich der Verhandlung vom 3. Februar 2022 noch nicht der Fall. Ohnehin geht aus den Verfügungen des Regionalgerichts vom 4. November 2021 (pag. 81) und 1. Februar 2022 (pag. 89) ausdrücklich hervor, dass die Parteien weder mit zweiten Parteivorträgen noch mit dem Entscheid zu rechnen hatten. Eine materielle Beurteilung der Klage durch das Regionalgericht war somit in keinem Zeitpunkt vorgesehen. Auch wurde anlässlich der Verhandlung vom 3. Februar 2022 kein Beweisverfahren eröffnet, sondern es wurden nach den ersten Parteivorträgen nur noch Vergleichsverhandlungen geführt (pag. 101 ff.). Ohnehin würde die Eröffnung des Beweisverfahrens nicht ohne Weiteres auf das Eintreten auf die Klage schliessen lassen. Soweit die Berufungsklägerin schliesslich ein Eintreten des Regionalgerichts aus dem Inhalt des Vereinbarungsentwurfs ableiten will, verkennt sie von vornherein, dass Vergleichsverhandlungen keinen Schritt auf dem Weg zur gerichtlichen Entscheidung darstellen (BGE 146 I 30 E. 2.4).

- 6.3.2 Dieser Einwand der Berufungsklägerin erweist sich damit als unbegründet.

7.

7.1

- 7.1.1 Das **Regionalgericht** erwog zur Frage der Zulässigkeit der Klagebewilligung, die damalige Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin habe anlässlich der Schlichtungsverhandlung ausdrücklich die Ausstellung einer Klagebewilligung als Widerklägerin verlangt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Schlichtungsbehörde diese widerklägerische Klagebewilligung nicht von sich aus, sondern nur auf ausdrückliche Bitte der anwaltlichen Vertretung hin ausgestellt habe. Dies wohl umso mehr, als Schlichtungsbehörden praxisgemäss nie widerklägerische Klagebewilligungen ausstellen würden. Das Risiko der Ungültigkeit einer auf diese Weise ausgestellten Klagebewilligung habe somit die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin zu tragen.

Unter Verweis auf die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung erwog das Regionalgericht weiter, die im Rahmen des Schlichtungsverfahrens erhobene Widerklage könne im Falle der Nichtprosequierung der Klage(bewilligung) durch die Schlichtungsklägerin nicht selbständig beim erstinstanzlichen Gericht anhängig gemacht werden. Wolle eine schlichtungsbeklagte Partei anlässlich der Schlichtungsverhandlung eine Klagebewilligung für die von ihr gegenüber der Schlichtungsklägerin geltend gemachten Ansprüche erhalten, so habe sie anstelle einer widerklageweisen Geltendmachung ein eigenständiges Schlichtungsgesuch einzureichen. Würden nämlich widerklägerische Klagebewilligungen als gültig betrachtet werden, würde prozessrechtlich nicht mehr zwischen der selbständigen Geltendmachung von Ansprüchen im Rahmen eines eigenständigen Schlichtungsgesuchs und einer widerklageweisen Geltendmachung unterschieden. Deshalb erweise sich die Klagebewilligung, die der Berufungsklägerin am 1. April 2022 als Widerklägerin im Schlichtungsverfahren – auf deren ausdrücklichen Antrag hin – ausgestellt worden sei, als ungültig und fehle für das vorliegende Verfahren eine Prozessvoraussetzung (E. 21 des angefochtenen Entscheids, pag. 185 ff.).

- 7.1.2 Die **Berufungsklägerin** hält dazu fest, das vom Regionalgericht beigezogene Urteil des Bundesgerichts sei im März 2022 ergangen und damit in einem Zeitpunkt, als das Regionalgericht bereits auf die Klage eingetreten sei. Zudem hätte das Verfahren, wäre dieses zügig durchgeführt worden, lange vor diesem Bundesgerichts-urteil abgeschlossen werden müssen. Die Berufungsbeklagte und das Regionalgericht hätten das Verfahren in die Länge gezogen. Weiter könne das ergangene bundesgerichtliche Urteil nicht mit dem vorliegenden Fall verglichen werden. Im vom Bundesgericht beurteilten Verfahren habe keine schriftliche Widerklagebewilligung vorgelegen und somit bestehe ein substantieller Unterschied zum vorliegenden Verfahren. Die Vorsitzende der Schlichtungsbehörde habe ihr als Widerklägerin eine Widerklagebewilligung erteilt, womit die Berufungsbeklagte einverstanden gewesen sei. Im Übrigen müsse sich jeder juristische Laie auf eine schriftlich aus- gestellte Klagebewilligung im Sinne der Rechtssicherheit verlassen können (pag. 217 ff.).

Die Berufungsklägerin macht überdies geltend, sie habe im Schlichtungsverfahren OL 21 92 mit ihrem Schreiben vom 21. Februar 2021 an die Schlichtungsbehörde sinngemäss selbständig ein Schlichtungsgesuch gestellt (pag. 211, 217).

7.2

- 7.2.1 Wie oben dargelegt, hat das Gericht die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen (vgl. E. 6.2.1 oben). Es hat somit selbst ohne Einwand der beklagten Partei zu beurteilen, ob eine gültige Klagebewilligung vorliegt. Die Klagebewilligung ist – abgesehen vom Spruch über die Kosten – kein anfechtbarer Entscheid. Ihre Gültigkeit ist vom mit der Sache befassten Gericht zu prüfen. Die beklagte Partei kann die Gültigkeit der Klagebewilligung von vornherein erst im erstinstanzlichen Klageverfahren bestreiten. Das Gericht hat alsdann im Rahmen der Klärung der Prozessvoraussetzungen zu prüfen, ob der geltend gemachte Mangel des Schlichtungsverfahrens die Ungültigkeit der Klagebewilligung bewirkt (vgl. zum Ganzen BGE 146 III 185 E. 4.4.2; 141 III 159 E. 2.1; 140 III 227 E. 3.1; Urteil des BGer 5A_87/2022 vom 2. November 2022 E. 3.1.1.2).

- 7.2.2 Soweit sich die Berufungsklägerin sinngemäss auf den Vertrauensschutz beruft und geltend macht, sie müsse sich auf die ausgestellte Klagebewilligung verlassen können, kann sie nicht gehört werden. Wie soeben ausgeführt, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Gültigkeit der Klagebewilligung als eine Prozessvoraussetzung in jedem Fall von Amtes wegen durch das Regionalgericht zu prüfen. An der Prüfungspflicht des Regionalgerichts ändert ausserdem der Umstand, dass die Schlichtungsbehörde der Berufungsklägerin die Klagebewilligung auf Verlangen erteilt hat, nichts. Auch aus der – von der Berufungsbeklagten bestrittenen – Einwilligung der Berufungsbeklagten zur Erteilung der Widerklagebewilligung kann die Berufungsklägerin nach dem Gesagten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Prozessvoraussetzung der Gültigkeit einer (Wider-)Klagebewilligung liegt ohnehin nicht in der Disposition der Parteien.

Soweit die Berufungsklägerin schliesslich geltend macht, ihr Schreiben vom 21. Februar 2021 an die Schlichtungsbehörde stelle ein eigenständiges Schlichtungsgesuch für ihre Widerklageforderung dar, trifft dies nicht zu. Einerseits lässt sich solches von vornherein dem Schreiben vom 21. Februar 2021 nicht entnehmen. Andererseits hat sich die Berufungsklägerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 3. Februar 2021 ausdrücklich als Widerklägerin konstituiert und in dieser Stellung eine Widerklagebewilligung verlangt und erhalten.

7.3

- 7.3.1 Wie das Regionalgericht zutreffend erwog (vgl. E. 20 des regionalgerichtlichen Entscheids, pag. 185), klärte das Bundesgericht in seinem in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteil vom 25. März 2022 die vorliegend umstrittene Frage abschliessend und sprach sich für den Fall, dass die Hauptklägerin die Frist zur Klageeinleitung ungenutzt verstreichen lässt, gegen die selbständige Prosequierung einer im Schlichtungsverfahren angehobenen Widerklage aus (BGE 148 III 314 E. 2).
- 7.3.2 Das Bundesgericht hatte in seinem Leitentscheid, wie auch vom Regionalgericht richtigerweise festgestellt, nicht über die Konstellation einer der Widerklägerin ausgestellten (Wider-)Klagebewilligung zu befinden, sondern einzig die Klageerhebung der Widerklägerin mittels Orientierungskopie der Klagebewilligung zu beurteilen. Bereits in der Regeste des Entscheids stellt jedoch das Bundesgericht deutlich und ganz allgemein fest, dass die Widerklägerin ihre im Schlichtungsverfahren erhobene Widerklage nicht selbständig prosequieren könne, wenn die Hauptklägerin die Frist zur Klageeinleitung ungenutzt verstreichen lasse (Regeste zu BGE 148 III 314). In seiner Begründung befasste sich das Bundesgericht unter anderem mit der Auslegung von Art. 209 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 ZPO und kam mit Verweis auf die französische und italienische Fassung – wiederum in allgemeiner Weise – zum Ergebnis, dass die Widerklägerin nicht als Adressatin der Klagebewilligung gelte und einzig die klagende Partei mit der ihr ausgestellten Klagebewilligung an das Gericht gelangen könne. Die Klagebewilligung sei der klagenden Partei zu erteilen. Das Bundesgericht verneinte zudem, dass die Formulierung «klagende Partei» auch die Widerklägerin umfasse (BGE 148 III 314 E. 2.2.1). Um die Problematik des Verlusts des selbständigen Klagerechts der Widerklägerin zu umgehen, weist das

Bundesgericht schliesslich auf die Möglichkeit hin, anstelle der Widerklage von Anfang an ein eigenes Schlichtungsverfahren einzuleiten (BGE 148 III 314 E. 2.2.3).

- 7.3.3 Mit Blick auf die eindeutige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Klagebewilligung der klagenden Partei auszustellen ist und diese Terminologie die Widerklägerin nicht umfasst, ist diese Rechtsprechung auch auf die Konstellation des vorliegenden Verfahrens anwendbar. Wie die Berufungsbeklage zudem zu Recht vorbringt, begründet das Bundesgericht seinen Entscheid unter anderem mit dem Verlust des Wohnsitzgerichtsstands der Hauptklägerin in ihrer Rolle als Widerbeklagte (vgl. BGE 148 III 314 E. 2.2.2.3; Rz. 8 der Berufungsantwort, pag. 253). Der Entzug des Wohnsitzgerichtsstands ist jedoch unabhängig davon, ob eine Klagebewilligung ausgestellt wurde oder nicht, eine Folge der selbständigen Prosequierung der Widerklage. Dies spricht für eine allgemeine Feststellung des Bundesgerichts, unabhängig davon, ob der Widerklägerin eine Klagebewilligung ausgestellt wurde oder nicht. Somit ist die Widerklägerin auch dann nicht zur selbständigen Prosequierung einer im Schlichtungsverfahren angehobenen Widerklage berechtigt, wenn ihr (fälschlicherweise) eine (Wider-)Klagebewilligung ausgestellt wurde. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 7.2.2 oben), präjudiziert die Ausstellung der Klagebewilligung im Weiteren nichts und die Klage unterliegt in jedem Fall der Prüfung der Prozessvoraussetzungen durch das Gericht. Im Ergebnis kann die Berufungsklägerin aus dem im Vergleich zum Urteil des Bundesgerichts unterschiedlichen Verfahrensablauf nichts zu ihren Gunsten ableiten und die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

7.4

- 7.4.1 Schliesslich wendet die Berufungsklägerin ein, der Leitentscheid des Bundesgerichts könne nicht nachträglich dazu benutzt werden, um einen Nichteintretensentscheid zu rechtfertigen. Die rückwirkende Verwendung sei rechtsmissbräuchlich. Auch Gesetze würden nicht rückwirkend angewandt. Dies sei mit der Rechtsicherheit nicht vereinbar (pag. 217 ff.).
- 7.4.2 Grundsätzlich ist eine neue Rechtsprechung sofort und überall anzuwenden. Sie gilt nicht nur für künftige, sondern für alle im Zeitpunkt der Änderung noch hängigen Fälle. Vorbehalten bleibt das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]; vgl. auch Art. 52 ZPO) beziehungsweise das dieses konkretisierende Vertrauensschutzprinzip (Art. 9 BV). In gewissen Konstellationen, insbesondere bei einer verfahrensrechtlichen Änderung, darf eine neue Praxis oder Rechtsprechung nicht ohne vorgängige Ankündigung Anwendung finden, wenn sie den Verlust eines Rechts bewirkt (BGE 142 V 551 E. 4.1; 135 II 78 E. 3.2; 132 II 153 E. 5.1; Urteile des BGer 5A_847/2018 vom 6. Dezember 2019 E. 4.3.2; 4A_342/2018 vom 21. November 2018 E. 2.3.3). Das Verbot der Rückwirkung, das bei Gesetzesänderungen grundsätzlich gilt (vgl. Art. 1 SchlT des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]), findet im Bereich der Rechtsprechung somit keine Anwendung (BGE 90 II 295 E. 6; EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, in: Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, 2012, N. 495 zu Art. 1 ZGB).

- 7.4.3 Ob angesichts der Tatsache, dass die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils gegeben sein müssen (vgl. E. 6.2.2 oben), überhaupt von einer Rückwirkung gesprochen werden kann, erscheint bereits fraglich.

Das Bundesgericht hat vorliegend nach der Klageeinreichung und vor dem Nichteintretensentscheid über eine sowohl in der kantonalen Rechtsprechung als auch der Lehre umstrittene Rechtsfrage erstmals entschieden, womit auch keine Praxisänderung vorliegt. Die Berufungsklägerin wusste im regionalgerichtlichen Verfahren spätestens im Zeitpunkt der Stellungnahme durch die Berufungsbeklagte um den Umstand, dass die Möglichkeit der selbständigen Prosequierung der Klage durch die Widerklägerin umstritten war (vgl. Rz. 2 der Stellungnahme im vereinfachten Verfahren, pag. 45 ff.). Sie musste daher damit rechnen, dass das Regionalgericht die umstrittene Frage auf zwei Arten entscheiden oder das Bundesgericht in der Zwischenzeit höchstrichterlich darüber befinden könnte. Der Nichteintretensentscheid des Regionalgerichts war für die Berufungsklägerin in Kenntnis der umstrittenen Rechtslage somit als möglicher Verfahrensausgang vorhersehbar. Die Fragen des Vertrauensschutzes stellen sich aus den genannten Gründen vorliegend nicht.

Zudem ist nach dem hiavor Gesagten (vgl. E. 7.3.3 oben) klar, dass ein Eintreten auf die Klage mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung unvereinbar wäre. Ohnehin dürfte die Berufungsklägerin durch die Anwendung der neuen Rechtsprechung auf das vorliegende Verfahren keinen Rechtsverlust erleiden, da ihr aufgrund des Nichteintretensentscheids die erneute Geltendmachung ihrer Forderung in einem neuen Verfahren offenstehen dürfte. Die rückwirkende Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch das Regionalgericht ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

- 7.5 Die Kritik der Berufungsklägerin, das Regionalgericht und die Berufungsbeklagte hätten das Verfahren ungebührlich verzögert und dass bei einer zügigen Prozessleitung das Verfahren bereits vor Ergehen des Bundesgerichtsurteils abgeschlossen gewesen wäre, ist nicht stichhaltig. Auch wenn das Verfahren mit gut einem Jahr etwas länger gedauert hat, ist darin von vornherein noch keine Rechtsverzögerung ersichtlich. Da die zu beurteilende Rechtsfrage zudem lange umstritten war, hätte das Regionalgericht auch in einem früheren Zeitpunkt zum Ergebnis gelangen können, dass auf die Klage nicht einzutreten ist.
8. Im Ergebnis ist der Nichteintretensentscheid des Regionalgerichts nicht zu beanstanden und die Berufung wird abgewiesen. Das sinngemässe Ausstandsbegehren der Berufungsklägerin für den Fall der Rückweisung der Sache an das Regionalgericht erweist sich bei diesem Verfahrensausgang als gegenstandslos. Damit kann offengelassen werden, ob dessen Beurteilung überhaupt in die Zuständigkeit des Obergerichts fällt.

IV.

9.

- 9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Berufungsklägerin als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
- 9.2 Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'600.00 (Art. 44 Abs. 1 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]), werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
- 9.3
- 9.3.1 Die unterliegende Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren antragsgemäss eine Parteientschädigung zu bezahlen.
- 9.3.2 Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 5 ff. der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 10'000.00 ergibt sich für das vorliegende Verfahren ein erstinstanzlicher Honorarraum von CHF 1'500.00 bis CHF 7'900.00 (Art. 5 Abs. 1 PKV). Im Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar höchstens 50 Prozent davon (Art. 7 PKV), vorliegend demnach höchstens CHF 3'950.00. Innerhalb des Tarifr Rahmens bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).
- 9.3.3 Rechtsanwalt C._____ macht in seiner Kostennote vom 14. November 2022 (pag. 285 ff.) ein Honorar von CHF 3'500.00, Auslagen von CHF 49.30 und Mehrwertsteuer von CHF 273.30, total demnach CHF 3'822.60, geltend.
- 9.3.4 Vorliegend ist die Parteientschädigung nach den vorgesehenen Kriterien von Art. 41 Abs. 3 KAG zu bestimmen. Das von Rechtsanwalt C._____ geltend gemachte Honorar mit einer fast vollständigen Ausschöpfung des Tarifr Rahmens ist in verschiedener Hinsicht überhöht. Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung in der vorliegend umstrittenen Frage ist klar. Zudem ist die Berufung mit sechs Seiten relativ kurz und geht in weiten Teilen am Berufungsgegenstand vorbei. Aus diesem Grund sind der gebotene Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Verfahrens vorliegend höchstens als durchschnittlich einzustufen. Auch die Bedeutung der Streitsache erweist sich als durchschnittlich. Als angemessen erscheint vorliegend ein Honorar von gerundet CHF 2'000.00. Die geltend gemachten Auslagen und die Berücksichtigung der gesetzlichen Mehrwertsteuer geben zu keinen Bemerkungen Anlass.
- 9.3.5 Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren demnach eine Parteientschädigung von CHF 2'207.10 (Honorar CHF 2'000.00, Auslagen CHF 49.30, gesetzliche Mehrwertsteuer CHF 157.80) zu entrichten.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'600.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'207.10 zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - der Berufungsklägerin
 - der Berufungsbeklagten

Mitzuteilen:

- dem Regionalgericht Oberland, Gerichtspräsidentin F. _____

Bern, 18. April 2023

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Bettler

Die Gerichtsschreiberin:

Wellig

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) oder, falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Beide Beschwerden müssen den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. In der Verfassungsbeschwerde ist darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt sind (Art. 116 und 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Gegebenenfalls ist in der Begründung auszuführen, warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Wird sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind die Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 BGG). Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt weniger als CHF 30'000.00.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.