

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 16 121
HG 17 172 (PKV evtl. uR)

Bern, 14. Dezember 2017

Besetzung

Oberrichter Schlup (Vizepräsident), Handelsrichter Dr. iur. Thoma-
mann und Handelsrichter Frieden
Gerichtsschreiberin Weingart

Verfahrensbeteiligte

A._____ AG
vertreten durch Fürsprecher B._____
Klägerin

gegen

C._____
vertreten durch Fürsprecherin D._____
Beklagter

Gegenstand

Gesellschaftsrecht

Klage vom 29. November 2016



Regeste:

- *Die Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der sachlich unzuständigen Schlichtungsbehörde entfaltet keine verjährungsunterbrechende Wirkung nach Art. 135 Ziff. 2 OR (E. 28-31).*
- *Wurde die Eingabe nicht zurückgezogen bzw. ist kein Nichteintretensentscheid ergangen, kann die Nachfrist nach Art. 63 Abs. 1 ZPO nicht ausgelöst werden (E. 31).*

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 29. November 2016 (Postaufgabe am selben Tag) gelangte die Klägerin an das Handelsgericht des Kantons Bern und beantragte, es sei der Beklagte zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 396'257.45 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2011 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
2. Mit Eingabe vom 25. Januar 2017 ersuchte der Beklagte um Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Verjährung (pag. 22 f.).
3. Diesem Begehren gab der Instruktionsrichter gestützt auf die von der Klägerin eingeholte Zustimmung vom 7. Februar 2017 (pag. 27) mit Verfügung vom 10. Februar 2017 (pag. 29) Folge.
4. In seiner Klageantwort vom 7. April 2017 (pag. 34 ff.) beantragte der Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Weiter beantragte er, E._____ sei zu verpflichten, dem Beklagten einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von CHF 18'000.00 zu bezahlen, eventualiter sei dem Beklagten für das hängige Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und dem Beklagten die unterzeichnende Rechtsanwältin als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizuordnen. Schliesslich stellte der Beklagte den Verfahrens Antrag, es sei E._____ gemäss Art. 78 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) der Streit zu verkünden, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.
5. Mit Verfügung vom 12. April 2017 (pag. 45) setzte der Instruktionsrichter E._____ förmlich darüber in Kenntnis, dass der Beklagte ihr gegenüber den Streit verkünde.
6. Am 24. April 2017 (pag. 48) teilte E._____ mit, dass sie am vorliegenden Verfahren nicht als Streitverkündete teilzunehmen gedenke.
7. Mit Verfügung vom 26. April 2017 (pag. 50 f.) stellte der Instruktionsrichter fest, dass der Prozess ohne Rücksicht auf E._____ fortgesetzt werde. Er forderte sodann den Beklagten auf, mitzuteilen, ob bzw. inwieweit die Nichtteilnahme von E._____ als Streitberufene/Nebenintervenientin am vorliegenden Verfahren Auswirkungen auf seine in der Klageantwort gestellten Rechtsbegehren 2 und 3

(Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, evtl. um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege) habe.

8. Am 27. April 2017 (pag. 52) teilte der Beklagte mit, dass die Nichtteilnahme von E. _____ als Streitberufene/Nebenintervenientin keine Auswirkungen auf seine in der Klageantwort gestellten Rechtsbegehren 2 und 3 habe.
9. Mit Replik vom 3. Juli 2017 (pag. 61 ff.) beantragte die Klägerin im Hauptverfahren, es sei auf die Klage einzutreten und dem Verfahren die weitere, gesetzliche Folge zu geben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
10. In ihrer gleichentags eingereichten Stellungnahme zum Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, ev. um unentgeltliche Rechtspflege (pag. 70 ff.) beantragte die Klägerin, es sei das Begehren um Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen. Zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellte sie keinen Antrag und stellte den Entscheid ins Ermessen des Gerichts.
11. Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 (pag. 74 f.) schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel im Verfahren betreffend Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses ev. um unentgeltliche Rechtspflege.
12. In seiner Duplik vom 9. Oktober 2017 (pag. 86) bestätigte der Beklagte im Hauptverfahren die bereits in der Klageantwort vom 7. April 2017 gestellten Anträge.
13. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2017 (pag. 92) schloss der Instruktionsrichter auch im Hauptverfahren den Schriftenwechsel und stellte einen schriftlichen Entscheid im auf die Frage des Eintritts der Verjährung beschränkten Verfahren in Aussicht.

II. Formelles

14. Das angerufene Gericht ist zur Beurteilung des vorliegenden Verfahrens örtlich (Art. 10 Abs. 1 Bst. b ZPO; Klagebeilage [nachfolgend: KB] 3) und sachlich (Art. 5 Abs. 1 Bst. a ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]) zuständig.
15. Bei Streitigkeiten, für die nach Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist, entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 Bst. f ZPO).
16. Die Klägerin hat den mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 (pag. 16, Ziff. 3) einverlangten Kostenvorschuss von CHF 21'500.00 fristgerecht geleistet.
17. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.
18. Da die vorliegend zu prüfende Frage der Verjährung der Forderung ein Institut des materiellen Rechts ist, führt das Urteil, welches die Einrede der Verjährung der eingeklagten Forderung schützt, zur Abweisung der Klage und nicht bloss zum Nicht-

eintreten (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 4C.364/2002 vom 31. Januar 2003 m.w.H.). Auf die Klage ist somit einzutreten.

19. Die Urteilsfindung erfolgt durch drei Richterinnen oder Richter, davon zwei Fachrichterinnen oder Fachrichter (Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

III. Unbestrittener Sachverhalt und Vorbringen der Parteien

20. Die Ehegatten E._____ und C._____ sind seit dem Jahr 2000 verheiratet und leben aktuell getrennt. Gemeinsam gründeten sie im September 2005 zusammen mit einer Drittperson unter der Firma A._____ AG eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____ (vgl. Gründungsurkunde, Klagebeilage [KB] 4). E._____ (Präsidentin) und C._____ (Mitglied) bildeten bis Ende 2012 den Verwaltungsrat (vgl. Handelsregisterauszug, KB 3). Gestützt auf die Jahresrechnungen der Gesellschaft kam bei der Klägerin der Verdacht auf, der Beklagte würde zu Lasten des Gesellschaftsvermögens spekulative Finanz- und Börsengeschäfte vornehmen. Unbestritten ist, dass die Klägerin kurz vor dem 11. Oktober 2011 Kenntnis von der Höhe des durch den Beklagten gegenüber der Klägerin mutmasslich verursachten Schadens erhalten hat. Die 5-jährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber dem mutmasslich fehlbaren Verwaltungsrat lief somit am 11. Oktober 2016 aus, sofern die Verjährung nicht vorher unterbrochen wurde, was vorliegend strittig ist.
21. Unbestritten ist weiter, dass das Schlichtungsgesuch am 20. Juni 2016 (Datum der Postaufgabe; siehe Verfügung der Schlichtungsbehörde Oberland vom 23. Juni 2016, Ziff. 2, in den Vorakten sowie den Vermerk im Protokoll der Schlichtungsverhandlung vom 1. September 2016, KB 2) und somit vor Ablauf der 5-jährigen Verjährungsfrist eingereicht wurde. Die Schlichtungsbehörde Oberland hat das Verfahren ordentlich mit einer Schlichtungsverhandlung durchgeführt und das Schlichtungsverfahren durch Ausstellung einer Klagebewilligung am 1. September 2016 abgeschlossen. Die Parteien haben anlässlich der Schlichtungsverhandlung die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde nicht bestritten. Es ist kein Nichteintretensentscheid durch die Schlichtungsbehörde ergangen. Die Parteien sind sich jedoch (mittlerweile) einig, dass es sich vorliegend um eine handelsrechtliche Streitigkeit handelt und in solchen Fällen kein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist.
22. In zeitlicher Hinsicht steht fest, dass die Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde Oberland am 1. September 2016 (vgl. Verfügung der Schlichtungsbehörde vom 1. September 2016, Ziff. 2) erging. Die vorliegende Klage wurde am 29. November 2016 beim Handelsgericht eingereicht.
23. Die Klägerin bringt vor, das Stellen des Schlichtungsgesuchs habe die Verjährung unterbrochen, da die Klägerin in individualisierter Form gegenüber dem Beklagten zu erkennen gegeben habe, dass sie ihren Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gerichtlich geltend machen und nicht darauf verzichten wolle. Das reiche aus, um die Verjährung zu unterbrechen (pag. 66). Werde ein Sühne- oder

Klagebegehren an den unzuständigen Richter gerichtet, so würden die Unterbrechungswirkungen jedenfalls bei Befassen des Beklagten mit der Sache auch eintreten. Die «Einlassung» auf die Sühne- bzw. Schlichtungsverhandlung lasse die volle Unterbrechungswirkung eintreten (pag. 67). Weder die Schlichtungsbehörde noch die Parteien hätten gemerkt, dass gar keine Schlichtung vorgesehen gewesen wäre. Dem vollständig durchgeführten und in sich abgeschlossenen Verfahren sei verjährungsunterbrechende Wirkung zuzuerkennen (pag. 68).

24. Der Beklagte führt demgegenüber aus, zwar sei das Schlichtungsgesuch am 20. Juni 2016 (Postaufgabe, vgl. beigezogene Akten der Schlichtungsbehörde Oberland) vor Ablauf der 5-jährigen Verjährungsfrist eingereicht worden. Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens habe die Verjährung jedoch nicht unterbrochen, da in handelsrechtlichen Streitigkeiten kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden müsse. Die Klägerin sei somit an die unzuständige Behörde gelangt und habe die Klage nicht innerhalb einer gemäss Art. 63 ZPO geforderten Frist von einem Monat seit Abschluss des Schlichtungsverfahrens am 1. September 2016 eingereicht. Einlassung auf eine sachlich unzuständige Behörde sei nicht möglich, das Verhalten des Schuldners sei für die Verjährungsunterbrechung nicht wesentlich (pag. 87). Der Beklagte sei somit auch nicht verpflichtet gewesen, die Unzuständigkeitseinrede zu erheben. Zudem sei die Forderung durch die Klägerin nicht ausreichend individualisiert worden (pag. 89). Dem Beklagten dürfe nicht zum Nachteil gereichen, dass die Schlichtungsbehörde fälschlicherweise auf die Sache eingetreten sei.

IV. Materielles

25. Die Klägerin macht gegen den Beklagten einen Anspruch aus Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR geltend. Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den Bestimmungen von Art. 752 ff. OR verantwortlichen Personen verjährt innert fünf Jahren vom Tag an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat (Art. 760 Abs. 1 OR).
26. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der sachlich unzuständigen Schlichtungsbehörde in Bezug auf die Forderung aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit verjährungsunterbrechende Wirkung im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR hat.
27. Die Verjährungsunterbrechung ist in Art. 135 OR in abschliessender Weise geregelt (BGE 132 V 404 E. 4.1 S. 407). Gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR wird die Verjährung durch Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs unterbrochen.
28. Die Einreichung des Schlichtungsgesuchs begründet die Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO). Diese ist massgeblich für die Wahrung gesetzlicher Fristen des Privatrechts (Art. 64 Abs. 2 ZPO), und damit auch für die Unterbrechung der Verjährung durch Schlichtungsgesuch i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR (Urteil des BGer 4A_592/2013 E. 3.1;

ISABELLE BERGER-STEINER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N. 34 zu Art. 64 ZPO; DOMINIK INFANGER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 35 zu Art. 64 ZPO; STEPHEN V. BERTI, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 64 ZPO). Einem Schlichtungsgesuch kommt somit nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung zu, wenn dadurch Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 62 ZPO begründet wird (Art. 64 Abs. 2 ZPO; BGE 140 III 561 E. 2.2.2.4).

29. Die Rechtshängigkeit tritt grundsätzlich nur dann ein bzw. besteht nur dann fort, wenn sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (BERGER-STEINER, a.a.O., N. 5 zu Art. 63 ZPO), wozu auch die sachliche Zuständigkeit des Gerichts gehört (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Dass das Gesuch bei der *örtlich* zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht wird, ist für den Eintritt der Rechtshängigkeit bzw. die Unterbrechungswirkung hingegen nicht erforderlich (Art. 63 ZPO e contrario): Lässt sich der Gegner rechtswirksam (Art. 18 ZPO) auf das Gesuch ein, so ist es zu halten, wie wenn dieses zuständigenorts eingereicht worden wäre. Andernfalls, d.h. wenn entweder keine rechtswirksame Einlassung erfolgt bzw. erfolgen kann oder wenn das Gesuch bei der *sachlich* unzuständigen Behörde eingereicht wird, hat zwar das Gesuch ebenfalls unterbrechende Wirkung, jedoch fällt diese wieder dahin, wenn der Mangel nicht nach Massgabe von Art. 63 ZPO geheilt wird. Auch dort, wo ein Forderungsprozess zwingend direkt mit Klage beim Gericht einzuleiten ist, hat ein Schlichtungsgesuch – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – unterbrechende Wirkung, freilich wiederum resolutiv bedingt, d.h. abhängig von einer rechtzeitigen Mängelbehebung nach Art. 63 Abs. 1 ZPO (Art. 63 Abs. 2 ZPO; vgl. KOLLER, a.a.O., S. 206).
30. Art. 63 Abs. 1 ZPO schreibt vor, dass, sofern «eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht [wird], [...] als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung» gilt. Dasselbe gilt für die nicht im richtigen Verfahren eingereichte Klage (Art. 63 Abs. 2 ZPO). Wird dieser Gesetzesartikel mit Art. 64 Abs. 2 ZPO in Verbindung gesetzt, so ergibt sich, dass im Falle der innert Monatsfrist bei der zuständigen Instanz eingereichten Eingabe (Schlichtungsgesuch oder Klage) die Verjährung rückwirkend auf den Zeitpunkt der ersten Eingabe unterbrochen wird, obwohl diese an sich mangelhaft war.
31.
 - 31.1 Das Bundesgericht hat sich im Jahr 2007, d.h. noch vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO, mit der Problematik der Verjährungsunterbrechung durch die Einreichung eines Sühnebegehrens bei der sachlich unzuständigen Behörde befasst (BGE 132 V 404 = Pra 96 [2007] Nr. 145). Konkret ging es um die Frage der Unterbrechung der Verjährung einer Klage auf Rückerstattung von nicht geschuldeten Versicherungsleistungen. Der Kläger leitete – analog dem vorliegenden Fall – ein Sühnebegehren beim Gemeinderichter ein, anstatt direkt beim einzig zuständigen kantonalen Versicherungsgericht Klage zu erheben. Das Bundesgericht hielt in sei-

nem diesbezüglich ergangenen Entscheid explizit fest, dass das Sühnebegehren die Verjährungsfrist ab Übergabe des Begehrens beim Postamt unterbreche, gleichgültig ob die gesuchstellende Partei schliesslich auf die Sühneverhandlung verzichte. Vorausgesetzt sei einzig, dass das Begehren an den örtlich und sachlich zuständigen Sühnebeamten gerichtet werde (BGE 132 V 404 E. 4.1 m.w.H.). Im Umkehrschluss hielt es fest, dass die bei einem sachlich unzuständigen Richter eingereichten Sühnebegehren nicht als Handlungen betrachtet werden können, welche die Verjährung im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR rechtsgültig unterbrochen hätten (BGE 132 V 404 E. 4.5).

- 31.2 Diese zwar noch unter altem Recht ergangene Rechtsprechung lässt sich auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen. Vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO war die verjährungsrechtliche «Gnadenfrist» in aArt. 139 OR geregelt, welcher wie folgt lautete: «Ist die Klage oder die Einrede wegen Unzuständigkeit des angesprochenen Richters oder wegen eines verbesserlichen Fehlers angebrachtermassen oder als vorzeitig zurückgewiesen worden, so beginnt, falls die Verjährungsfrist unterdessen abgelaufen ist, eine neue Frist von 60 Tagen zur Geltendmachung des Anspruches» (vgl. zum Ganzen FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/EMANUEL BITTEL, Zum Verhältnis von zivilprozessualer Rechtshängigkeit und privatrechtlicher Verjährung, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 374). Das Recht hat sich somit seit dem im Jahre 2006 ergangenen Entscheid nur insofern verändert, als neu gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR nicht mehr ein Sühnebegehren sondern ein Schlichtungsbegehren einzureichen ist, was abgesehen von der Terminologie keine für den vorliegenden Fall wesentlichen Neuerungen gebracht hat. Eine weitere Änderung erfolgte durch die Kürzung der «Gnadenfrist» von vormals 60 Tagen gemäss aArt. 139 OR zu der heute geltenden Einmonatsfrist für die Heilung des Mangels gemäss Art. 63 ZPO. Auf die Beurteilung der hier im Zentrum stehenden grundsätzlichen Frage der Verjährungsunterbrechung durch Einleitung eines Schlichtungsverfahrens bei der sachlich unzuständigen Behörde hat die nunmehr verkürzte Frist jedoch ebenfalls keine Auswirkung. Somit kann die mit BGE 132 V 404 ergangene Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall übertragen werden.
- 31.3 Auch scheint seit diesem Entscheid keine hier zu berücksichtigende Praxisänderung ergangen zu sein: Zwar hat sich das Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid aus dem Jahr 2013 (BGer 4A_592/2013) ebenfalls mit der Frage der Verjährungsunterbrechung durch ein Schlichtungsgesuch befasst, doch lag diesem Entscheid ein nicht mit dem hiesigen gleichzusetzender Sachverhalt vor: Gestützt auf die durch die sachlich unzuständige Schlichtungsbehörde ausgestellte Klagebewilligung gelangte die Klägerin innerhalb der Dreimonatsfrist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO an das Bezirksgericht (Aarau). Dieses machte die Klägerin auf die Zuständigkeit des Handelsgerichts aufmerksam, woraufhin sie die Klage zurückzog und das Verfahren vor dem Bezirksgericht als erledigt abgeschlossen wurde. Der Rückzug der Eingabe mangels Zuständigkeit löste die Monatsfrist nach Art. 63 ZPO aus, innert welcher die Klägerin ihre Klage beim zuständigen Handelsgericht einreichen konnte, was sie auch tat. Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, dass die Verjährung durch die eingetretene Rechtshängigkeit unterbrochen wurde.

- 31.4 Im Gegensatz dazu wurde im vorliegend zu beurteilenden Fall die Eingabe weder von der Klägerin zurückgezogen, noch ist von Seiten der Schlichtungsbehörde bzw. mangels Anrufung der ersten kantonalen Instanz ein Nichteintretensentscheid ergangen, wodurch eine «Gnadenfrist» nach Art. 63 Abs. 1 ZPO hätte ausgelöst werden können.
- 31.5 Und auch dann, wenn eine solche durch die (fälschlicherweise erlassene) Klagebewilligung ausgelöst worden wäre, was vorliegend offen bleiben kann, so hätte die Klägerin ihre Eingabe im vorliegenden – und somit von BGE 4A_592/2013 abweichenden – Fall nicht innerhalb der einmonatigen Frist bei der sachlich zuständigen Behörde eingereicht.
- 31.6 So oder anders begründete die Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der sachlich unzuständigen Schlichtungsbehörde somit keine Rechtshängigkeit, d.h. auch keine rückwirkende gestützt auf den Rettungsanker von Art. 63 Abs. 1 ZPO. Die in BGE 132 V 404 ergangene Rechtsprechung ist somit auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Infolgedessen konnte die Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der sachlich unzuständigen Schlichtungsbehörde keine Unterbrechung der Verjährung bewirken.
32. Die Klägerin kann auch daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, dass die Schlichtungsbehörde ihre sachliche Zuständigkeit absichtlich (weil sie keine Nichteintretensentscheide fällen wollte) oder aus Versehen (weil sie es schlicht nicht bedacht hat) nicht geprüft und die Klägerin somit auch nicht darauf hingewiesen bzw. einen Nichteintretensentscheid gefällt hat. Die Klägerin ist selbst dafür verantwortlich, dass sie ihre Klage beim (örtlich, sachlich und funktionell) zuständigen Gericht einreicht. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin vorliegend anwaltlich vertreten und der Mangel für sie bzw. ihren Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmungen (vorliegend Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 7 EG ZSJ) erkennbar war (vgl. analog zur Rechtsmittelbelehrung: BGE 135 III 489, E. 4.4).
33. Soweit die Klägerin geltend macht, der Beklagte habe sich auf das Schlichtungsverfahren eingelassen und damit die Zuständigkeit anerkannt, was wiederum die Rechtshängigkeit begründet und somit die Verjährungsfrist unterbrochen hätte (vgl. oben E. 29), ist Folgendes festzuhalten: Eine Einlassung gemäss Art. 18 ZPO, wonach das angerufene Gericht zuständig wird, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert, greift nur im Bereich der örtlichen Unzuständigkeit. Bei der sachlichen Zuständigkeit kann es keine Einlassung geben, weshalb in einem solchen Fall die Einlassung des Beklagten wirkungslos bleibt (BGE 132 V 404 E. 4.3). Hinzu kommt – wie die Klägerin auch selber festhält – dass das Institut der zivilprozessualen Einlassung im Schlichtungsverfahren nicht gilt (pag. 67; INFANGER, a.a.O., N. 7 zu Art. 18 ZPO). Das Verhalten des Beklagten konnte sich somit zu keiner Zeit und in keiner Weise auf eine allfällige Rechtshängigkeit des Verfahrens und folglich auch nicht auf die Verjährungsunterbrechung auswirken. Eine andere als die zivilprozessuale Einlassung im Sinne von Art. 18 ZPO existiert im schweizerischen Recht nicht und lässt sich – entgegen

der Ansicht der Klägerin (pag. 66) – auch nicht für den vorliegenden Fall konstruieren.

34. Ebenso wenig, wie sich der Beklagte auf das Verfahren vor der sachlich unzuständigen Schlichtungsbehörde einlassen konnte, begründete seine Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung eine Widerhandlung gegen Treu und Glauben. Einerseits kann und muss vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden, ob ihm die Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde überhaupt bewusst gewesen war und andererseits ist es nicht die Aufgabe der beklagten Partei, dem Kläger aufzuzeigen, welcher gerichtliche Weg der richtige ist, um gegen ihn selbst vorzugehen. Somit war der Beklagte zu keiner Zeit verpflichtet, auf die Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde hinzuweisen.
35. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der sachlich unzuständigen Schlichtungsbehörde im vorliegenden Fall keine verjährungsunterbrechende Wirkung im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 63 ZPO entfalten konnte.
36. Mangels (rechtsgültiger) verjährungsunterbrechender Wirkung des Schlichtungsgesuchs ist die Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten nach Ablauf der 5-jährigen Frist am 11. Oktober 2016 verjährt.
37. Die Klage ist somit abzuweisen.

V.

38. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Klägerin vollumfänglich, weshalb sie die gesamten Prozesskosten zu tragen hat (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
39. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).
40. Das Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Fürsprecherin D._____ als amtliche Rechtsbeistandin des Beklagten wird bei diesem Verfahrensausgang gegenstandlos und ist abzuschreiben.

Für das Verfahren betreffend Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. um Erteilung der unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).
41. Die Höhe der Gerichtskosten ist vom Streitwert abhängig (Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO i.V.m. Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ i.V.m. Art. 4 und 42 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beträgt vorliegend CHF 396'257.45.

Für ein Verfahren vor Handelsgericht mit einem Streitwert von CHF 100'000.00 bis CHF 500'000.00 beträgt die Entscheidgebühr zwischen CHF 5'000.00 bis

CHF 40'000.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ i.V.m. Art. 5 und 42 Abs. 1 Bst. b VKD). Unter Berücksichtigung des unterdurchschnittlichen Zeit- und Arbeitsaufwandes (Beschränkung des Verfahrens auf eine Rechtsfrage, keine Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung) sowie der durchschnittlichen Bedeutung des Geschäfts und der durchschnittlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Klägerin, werden die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren auf CHF 15'500.00 festgesetzt, was einem Ausschöpfungsgrad von 30 % entspricht. Die Gerichtskosten werden dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss entnommen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin erhält damit CHF 6'000.00 aus der Gerichtskasse zurück.

42. Die Klägerin hat dem Beklagten für das Verfahren vor Handelsgericht zudem antragsgemäss eine Parteientschädigung auszurichten.

Zur Bestimmung der Höhe der Parteientschädigung wird der Rechtsvertreterin des Beklagten, Fürsprecherin D. _____, Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen ihre Kostennote einzureichen.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung von Fürsprecherin D. _____ als amtliche Rechtsbeiständin, wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 15'500.00, werden der Klägerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Vorschuss von CHF 21'500.00 entnommen. Der Klägerin sind aus der Gerichtskasse CHF 6'000.00 zurückzuerstatten.
4. Die Klägerin hat dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Parteientschädigung wird mit separatem Entscheid bestimmt werden.

Der Rechtsvertreterin des Beklagten wird Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen ihre Kostennote einzureichen.
5. Zu eröffnen (eingeschrieben):
 - den ParteienMitzuteilen (per A-Post):
 - der Schlichtungsbehörde Oberland

Bern, 14. Dezember 2017

Im Namen des Handelsgerichts

Der Präsident:

Oberrichter Schlup

Die Gerichtsschreiberin:

Weingart

i.V. Zwahlen, Gerichtsschreiberin

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.