

La **décision de l'autorité de conciliation de rayer l'affaire du rôle** en raison du défaut du demandeur (art. 206 al. 1 CPC) n'est **susceptible d'un recours** que lorsqu'elle peut causer un **préjudice difficilement réparable** (art. 319 let. b ch. 2 CPC) ; tel n'est pas le cas lorsque l'action porte sur la constatation de **l'invalidité du congé** ; celle-ci peut en effet être introduite **en tout temps** ; un **congé signifié en raison de la demeure du locataire dans le paiement du loyer** (art. 257d al. 1 CO) peut être ordinaire ou extraordinaire ; dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un congé extraordinaire ; un tel congé peut également être contesté sur la base de l'art. 271 CO ; il est toutefois **très exceptionnel qu'il soit reconnu comme contraire à la bonne foi** ; en l'espèce, l'action ne portait que sur le constat d'invalidité du congé, de sorte que la décision de l'autorité de conciliation n'est pas susceptible d'un recours (consid. 3).

Besetzung

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Niquille,
Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte

A. GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Mario Stegmann,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. GmbH,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Mietvertrag, Schlichtungsbegehren,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, vom 29. März 2019
(ZK 18 554).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. GmbH (Mieterin, Klägerin, Beschwerdeführerin) stellte am 17. September 2018 ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau und beantragte, es sei festzustellen, dass die von der B. GmbH (Vermieterin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) ausgesprochene **Kündigung vom 15. August 2018 ungültig sei**; der **Mietzins sei rückwirkend herabzusetzen bzw. anzupassen und die aufgeführten Mängel seien zu beheben**. Im Schlichtungsgesuch wurde C. als Vertreter der Klägerin aufgeführt.

Die Schlichtungsbehörde lud mit Vorladung vom 20. September 2018 zur Schlichtungsverhandlung vor. Die Parteien wurden aufgefordert, persönlich zu erscheinen und sie wurden darauf hingewiesen, dass die Pflicht zum persönlichen Erscheinen gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO auch für juristische Personen gelte und diese ein im Handelsregister eingetragenes Organ oder eine mit einer kaufmännischen Handlungsvollmacht gemäss Art. 462 OR ausgestattete und mit der Prozessführung betraute Person, die überdies mit dem Streitgegenstand vertraut sei, zu entsenden hätten. Die Vollmacht müsse neben der Prozessvertretung auch den Abschluss eines Vergleichs beinhalten. Des Weiteren wies die Schlichtungsbehörde die Parteien in der Vorladung auf die Säumnisfolgen gemäss Art 206 ZPO hin. Sie hielt insbesondere fest, dass das Schlichtungsgesuch bei Säumnis der klagenden Partei als zurückgezogen gelte und das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben werde. Der Vorladung wurde weiter ein Auszug aus der Zivilprozessordnung beigelegt. Zudem wurde der Beklagten Gelegenheit gegeben, innert 14 Tagen seit Erhalt der Verfügung eine schriftliche Stellungnahme einzureichen.

Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 5. November 2018 Stellung zum Schlichtungsgesuch. Da die Stellungnahme erst am 8. November 2018 bei der Schlichtungsbehörde eintraf und eine Postzustellung rechtzeitig vor der **Verhandlung vom 9. November 2018** nicht mehr erfolgen konnte, versuchte die Schlichtungsbehörde, diese der Klägerin per E-Mail an die im Schlichtungsgesuch angegebene E-Mail-Adresse zuzustellen, doch kam diese E-Mail mit dem Vermerk " unzustellbar " zurück. In der Folge nahm die Schlichtungsbehörde über die im Schlichtungsgesuch angegebene Telefonnummer mit C. Kontakt auf, woraufhin dieser seine E-Mail-Adresse angab. In der Folge wurde die Stellungnahme der Beklagten an diese Adresse - zur Weiterleitung an die Klägerin - zugestellt.

A.b. An der Schlichtungsverhandlung vom 9. November 2018 waren für die Klägerin C. - ohne Vollmacht - und für die Beklagte D. mit Einzelzeichnungsberechtigung anwesend. **C. teilte der Schlichtungsbehörde anlässlich der Verhandlung mit, er habe keine Vollmacht an die Verhandlung mitgebracht, er sei jedoch der Meinung, der Hinweis auf die Vertretung im Schlichtungsgesuch genüge.**

Die Schlichtungsbehörde verfügte darauf hin, dass die klagende Partei nicht zum Termin erschienen sei, das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen gelte und das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben werde.

B.

Am 26. November 2018 stellte die Klägerin bei der Schlichtungsbehörde ein **Wiederherstellungsgesuch**. Am gleichen Tag erhob sie beim Obergericht des Kantons Bern **Beschwerde**. Sie beantragte, die Abschreibungsverfügung der Schlichtungsbehörde vom 9. November 2018 sei aufzuheben und das Schlichtungsverfahren, insbesondere die Schlichtungsverhandlung, sei nochmals durchzuführen.

Mit Entscheid vom 18. Januar 2019 wies die Schlichtungsbehörde das Wiederherstellungsgesuch ab. Mit Entscheid vom 29. März 2019 trat das Obergericht des Kantons Bern auf die Beschwerde nicht ein. Es erwog, die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO stehe nur offen, wenn der Klägerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Da es nicht um eine Kündigungsanfechtung im Sinn von Art. 271 i.V.m. Art. 273 OR, sondern um den Antrag auf Feststellung der Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung gehe und diese jederzeit festgestellt werden könne, sei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu verneinen. Selbst wenn eingetreten werden könnte, wäre die Beschwerde abzuweisen, denn die Klägerin sei nicht rechtsgültig vertreten gewesen.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 2. Mai 2019 beantragt die Klägerin dem Bundesgericht - unter Aufrechterhaltung ihrer vor dem Obergericht gestellten Begehren - die Aufhebung des Urteils vom 29. März 2019. Eventualiter sei dieses aufzuheben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen, damit dieses eine materielle Beurteilung der Beschwerde vom 26. November 2018 mittels Entscheid vornehme. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz haben auf Vernehmlassung verzichtet.

Mit Präsidialverfügung vom 5. Juni 2019 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt, nachdem sich dem weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorinstanz widersetzt hatten.

Erwägungen:

1.

Die Vorinstanz nahm einen Streitwert über Fr. 15'000.-- an. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass diese Angabe nicht zutreffen könnte. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben keinen Anlass zu Bemerkungen. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

2.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

3.

Eine Abschreibungsverfügung der Schlichtungsbehörde wegen Säumnis des Klägers infolge Nichterscheinens an der Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO untersteht nach Massgabe von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO der Beschwerde (Urteile 4A_131/2013 vom 3. September 2013 E. 2.2.2.2; 4A_156/2014 vom 15. April 2014 E. 3.1; und die je dort zitierte Lehre; vgl. auch: FRANÇOIS BOHNET, SZP 2013 S. 487 f.; a.M. CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2013, ZBJV 2013 S. 275 f.). Voraussetzung ist somit, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil verneint. **Die Vorinstanz habe der Kündigung einen "falschen Charakter" zugemessen. Sie gehe davon aus, es handle sich um eine ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs.** Es sei schleierhaft, woher die Vorinstanz diese Ansicht nehme. Die Kündigung vom 15. August 2018 sei per 28. Februar 2019 erfolgt. Als Begründung sei lediglich "Ausstehende Mieten" vermerkt. Die Beschwerdegegnerin habe sich aber an keiner Stelle dahingehend geäussert, dass es sich um eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257d OR wegen Zahlungsverzugs handle. Eine ausserordentliche Kündigung sei aber als solche zu bezeichnen. **Die vorliegende Kündigung sei offensichtlich als ordentliche Kündigung zu verstehen, da statt der erheblich verkürzten Frist von 30 Tagen gemäss Art. 257d Abs. 2 OR mit der vertraglichen und gesetzlichen ordentlichen Kündigungsfrist für Geschäftsräume von sechs Monaten (gemäss Art. 266d OR) gekündigt worden sei.** Die Begründung "Ausstehende Mieten" könne genauso gut dahingehend verstanden werden, dass eine schleppende Zahlungsmoral als Kündigungsgrund angegeben worden sei. Die Beschwerdeführerin habe somit nach Treu und Glauben davon ausgehen können, es handle sich um eine ordentliche Kündigung.

Auch weil die Beschwerdeführerin das Schlichtungsgesuch innert der 30-tägigen Anfechtungsfrist gemäss Art. 271 i.V.m. Art. 273 Abs. 1 OR eingereicht habe, sei davon auszugehen, die Beschwerdeführerin habe die Kündigung wegen **Missbräuchlichkeit** anfechten wollen. Es sei überspitzter Formalismus, sie auf die Formulierung ihres Rechtsbegehrens zu behaften. Einer Laiin sei auch nicht klar, dass es Unterschiede bezüglich der Anfechtbarkeit einer Kündigung wegen Missbräuchlichkeit einerseits bzw. deren Ungültigkeit/Nichtigkeit andererseits gebe und letztere ohne Wahrung einer besonderen Frist geltend gemacht werden könne. Da das Schlichtungsverfahren "unter

diesem Blickwinkel " stattgefunden habe und die Frist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR eine Verwirkungsfrist sei, liege sehr wohl ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vor, wenn auf die Beschwerde nicht eingetreten werde.

3.2. Sind die Voraussetzungen gemäss Art. 257d Abs. 1 OR erfüllt und hat insbesondere der Mieter den abgemahnten Zahlungsrückstand innert Frist nicht aufgeholt, kann die Vermieterin bei Zahlungsverzug ausserordentlich oder ordentlich kündigen (DANIEL REUDT, in: Das schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, N. 41 zu Art. 257d OR). Hinsichtlich der Form und des Inhalts gelten die allgemeinen Bestimmungen (Art. 266l OR; DAVID LACHAT, in: Le bail à loyer, 2019, S. 879; HIGI/BÜHLMANN, in: Zürcher Kommentar, 5. Aufl. 2019, N. 50 zu Art. 257d OR; ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 8 zu Art. 257d OR). **Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin offensichtlich wegen Zahlungsverzugs ausserordentlich gemäss Art. 257d OR gekündigt.** Sie gab als Begründung "**Ausstehende Mieten**" an, wie die Beschwerdeführerin selber darlegt. Es ist deshalb auch nicht klar, was die Beschwerdeführerin aus der von ihr angegebenen Literaturstelle (IRÈNE SPIRIG, in: Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, S. 702 Rz. 27.1.4) ableiten will, in der gesagt wird, die Gründe für die Kündigung müssten summarisch angegeben werden, beispielsweise "Zahlungsrückstand"; denn genau das hat die Beschwerdegegnerin gemacht. Die Beschwerdegegnerin hat sodann in ihrer Vernehmlassung an die Schlichtungsbehörde zu Rechtsbegehren Ziffer 1 der Beschwerdeführerin ("**Feststellung, dass die Kündigung vom 15. August 2018 ungültig ist**") ausgeführt, dies treffe nicht zu. Die Formalitäten und Fristen seien eingehalten. Die Kündigung sei angedroht worden. **Eine Androhung ist aber nur bei einer ausserordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs erforderlich.** Der Hinweis hätte somit keinen Sinn gemacht, wenn die Beschwerdegegnerin bloss ordentlich hätte kündigen wollen. Die Beschwerdeführerin konnte nach Treu und Glauben nicht annehmen, die Beschwerdegegnerin habe lediglich ordentlich kündigen wollen.

3.3. Auch eine wegen Zahlungsverzugs gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR ausgesprochene Kündigung kann von der Mieterin gemäss Art. 271 OR angefochten werden. Diesfalls muss aber nach Treu und Glauben erkennbar sein, dass sie die Kündigung als missbräuchlich anfecht und nicht nur die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung begehrt (Urteil 4A_383/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.4; HIGI/ BÜHLMANN, a.a.O., N. 58 zu Art. 257d OR). Dies wurde im zitierten Urteil 4A_383/2015 bejaht, weil einerseits die Schlichtungseingabe als "Anfechtungsklage" bezeichnet worden war und im anlässlich des Schlichtungsverfahrens neu formulierten Begehren verlangt wurde, es sei festzustellen, dass die Kündigung "unwirksam und missbräuchlich" sei, also ausdrücklich die Missbräuchlichkeit geltend gemacht wurde (zit. Urteil 4A_383/2015 E. 2.4). Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte in diesem Sinn. **Die Formulierung des Rechtsbegehrens beschränkt sich unmissverständlich auf die Feststellung der Ungültigkeit und enthält keinen Hinweis auf Missbräuchlichkeit.** In der Begründung verweist die Beschwerdeführerin auf Mängel, welche das Mietobjekt aufweise und die nicht behoben worden seien sowie auf eine Vereinbarung zur Verrechnung bzw. bereits erfolgte Verrechnungen. Die Einwände beziehen sich somit darauf, dass die Mietzinse bereits bezahlt bzw. mangels korrekter Vertragserfüllung durch die Beschwerdegegnerin nicht geschuldet seien. Es fehlt jeder Hinweis auf einen der Missbrauchstatbestände gemäss Art. 271 und Art. 271a OR. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welches Interesse die Beschwerdeführerin an einer Anfechtung der Kündigung wegen Missbräuchlichkeit hätte haben können. **Gemäss BGE 140 III 591 E. 1 S. 594 kann eine wegen Zahlungsrückstand nach Art. 257d Abs. 2 OR ausgesprochene Kündigung nur in ganz aussergewöhnlichen Umständen ("à titre très exceptionnel") missbräuchlich sein.** Die Vorinstanz ging somit zu Recht von einer Klage auf Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung aus und trat folgerichtig auf die Beschwerde mangels eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht ein. Auf die subsidiären materiellen Ausführungen der Vorinstanz - wonach die Beschwerde, selbst wenn darauf eingetreten werden könnte, ohnehin abzuweisen wäre, weil die Beschwerdeführerin an der Schlichtungsverhandlung nicht rechtsgültig vertreten gewesen sei - ist nicht einzugehen. Denn diese Ausführungen schlugen sich nicht im vorinstanzlichen Urteilsdispositiv nieder, sondern erfolgten im

Rahmen eines obiter dictum. Im Übrigen wäre ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern diese Ausführungen Bundesrecht verletzen sollten (vgl. BGE 141 III 159 E. 2.6 und E. 3.2 S. 166 f.).

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung, da sie sich nicht vernehmen liess.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. August 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Gross