

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 554

Bern, 29. März 2019

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und
Oberrichter Bettler
Gerichtsschreiberin Eichenberger

Verfahrensbeteiligte

A._____ GmbH
vertreten durch Rechtsanwalt B._____
Klägerin/Beschwerdeführerin

gegen

C._____
Beklagte/Beschwerdegegnerin



Gegenstand

Anfechtung Kündigung Miete/Pacht

Beschwerde gegen den Abschreibungsbeschluss der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau vom 9. November 2018
(Verfahren Nr. EO 18 759)

Regeste:

Mietrechtliches Schlichtungsverfahren: Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil bei Abschreibung des Verfahrens, rechtsgültige Vertretung bei juristischen Personen

- Handelt es sich beim gestellten Rechtsbegehren um ein reines Feststellungsbegehren betreffend Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit der Kündigung, so droht der Beschwerdeführerin durch die Abschreibungsverfügung kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, denn die Nichtigkeit einer Kündigung kann jederzeit geltend gemacht werden, womit der Beschwerdeführerin die Einreichung eines neuen Schlichtungsgesuchs offen steht (E. 17.3).
- Die Vertretung bei juristischen Personen muss an der Schlichtungsverhandlung vorbehaltslos und gültig handeln können und insbesondere zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sein. Die Vertretungsbefugnis mit Einzelzeichnungsberechtigung kann sich einerseits aus dem Handelsregister ergeben oder aber mittels Vollmacht belegt werden. Liegt weder eine Vollmacht vor, noch ist die Vertretungsbefugnis aus dem Handelsregister ersichtlich, so liegt keine gültige Vertretung vor und die betreffende Partei ist säumig, was zur Verfahrensabschreibung führt (E. 18.1).

Erwägungen:

I.

1. Mit Schlichtungsgesuch vom 17. September 2018 beantragte die A. _____ GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) bei der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau (nachfolgend Vorinstanz) die Feststellung, dass die Kündigung vom 15. August 2018 ungültig sei, der Mietzins rückwirkend herabgesetzt bzw. angepasst werde und die aufgeführten Mängel zu beheben seien (pag. 1 ff.). Im Schlichtungsgesuch wurde D. _____ als Vertreter der Beschwerdeführerin aufgeführt.
2. In der Folge lud die Vorinstanz mit Vorladung vom 20. September 2018 (pag. 6 f.) zur Schlichtungsverhandlung vor. Die Parteien wurden aufgefordert, persönlich zu erscheinen. Zudem wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass die Pflicht zum persönlichen Erscheinen gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO auch für juristische Personen gelte und juristische Personen ein im Handelsregister eingetragenes Organ oder einen 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 Vorinstanz die Parteien in der Vorladung auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 207 ZPO hin und 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 (pag. 9). Zudem wurde der beklagten Partei (nachfolgend Beschwerdegegner) Gelegenheit gegeben, innert 14 Tagen seit Erhalt der Verfügung eine schriftliche Stellungnahme einzureichen.

3. Die Beschwerdegegnerin nahm mit Eingabe vom 5. November 2018 Stellung zum Schlichtungsgesuch (pag. 12 ff.).
4. Da die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin erst am 8. November 2018 bei der Vorinstanz einging und eine Postzustellung nicht rechtzeitig vor der Verhandlung vom 9. November 2018 erfolgen konnte, versuchte die Vorinstanz, der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin per E-Mail an die im Schlichtungsgesuch angegebene E-Mail-Adresse (xy@xx.com) zuzustellen, doch kam diese E-Mail mit dem Vermerk «unzustellbar» zurück. In der Folge nahm die Vorinstanz über die im Schlichtungsgesuch angegebene Telefonnummer mit D._____ Kontakt auf, woraufhin dieser seine E-Mail-Adresse angab. In der Folge wurde die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin per E-Mail an D._____ zur Weiterleitung an die Beschwerdeführerin geschickt (pag. 19 ff.).
5. Die Schlichtungsverhandlung fand am 9. November 2018 statt (pag. 26). Anwesend waren für die Beschwerdeführerin D._____ (ohne Vollmacht) sowie für die Beschwerdegegnerin F._____ mit Einzelzeichnungsberechtigung. D._____ teilte der Vorinstanz anlässlich der Schlichtungsverhandlung mit, dass er keine Vollmacht an die Verhandlung mitgebracht habe, jedoch der Meinung sei, dass der Hinweis auf die Vertretung im Schlichtungsgesuch genüge. Nachdem F._____ dafür gehalten hatte, dass die klagende Partei nicht gültig vertreten und die klagende Partei als säumig zu erklären sei, verfügte die Schlichtungsbehörde, dass die klagende Partei trotz ordnungsgemässer Vorladung unentschuldigt nicht zum Termin erschienen sei, das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen gelte und das Verfahren EO 18 759 als gegenstandslos abgeschrieben werde, dies ohne Erhebung von Verfahrenskosten (pag. 27).
6. Mit Eingabe vom 26. November 2018 stellte Rechtsanwalt B._____ namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz ein Wiederherstellungsgesuch (pag. 31 ff.).
7. Gleichentags erhob Rechtsanwalt B._____ namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern (Postaufgabe am 26. November 2018, pag. 41 ff.) mit dem Antrag um Aufhebung der Abschreibungsverfügung der Vorinstanz sowie um nochmalige Durchführung des Schlichtungsverfahrens EO 18 759, insbesondere der Schlichtungsverhandlung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
8. Der für das Beschwerdeverfahren ZK 18 554 zuständige Instruktionsrichter sistierte das Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 28. November 2018 bis zum Vorliegen eines Entscheids der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau über das Wiederherstellungsgesuch (pag. 37, 57).
9. Mit Entscheid vom 18. Januar 2019 (pag. 62 ff.) wies die Vorinstanz das Wiederherstellungsgesuch ab.
10. In der Folge wurde die Sistierung mit Verfügung vom 23. Januar 2019 aufgehoben und das Verfahren ZK 18 554 wieder aufgenommen (pag. 71). Die Beschwerde-

gegnerin wurde aufgefordert, innert 10 Tagen eine Beschwerdeantwort einzureichen.

11. Die Verfügung vom 23. Januar 2019 wurde der Beschwerdegegnerin am 24. Januar 2019 zugestellt (pag. 73).
12. Innert der 10-tägigen Frist ging keine Beschwerdeantwort ein. Die verspätete Beschwerdeantwort wurde aus den Akten gewiesen und der Beschwerdegegnerin retourniert (vgl. Verfügung vom 13. Februar 2019, pag. 76).
13. Rechtsanwalt B._____ reichte mit Eingabe vom 12. Februar 2019 seine Kostennote zu den Akten (pag. 78 f.).

II.

14. Angefochten wird vorliegend ein zufolge Säumnis der klagenden Partei ergangener Abschreibungsbeschluss der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau.
15.
 - 15.1 Gegen einen gestützt auf Art. 241 Abs. 3 ZPO, d.h. aufgrund eines Vergleichs, einer Klageanerkennung oder eines Rückzugs erfolgten Abschreibungsbeschluss steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Rechtsmittel (d.h. weder die Berufung noch die Beschwerde), sondern nur die Revision zur Verfügung und nur der im Abschreibungsbeschluss enthaltene Kostenentscheid nach Art. 110 ZPO ist mit Beschwerde anfechtbar (BGE 139 III 133 E. 1.2; vgl. auch Botschaft BBl 2006 7380; GSCHWEND/STECK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 20 zu Art. 241 ZPO, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5A_605/2012 vom 5. Juni 2013 E. 1.3; LEUMANN LIEBSTER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 16 ff., 21, 23, 27 zu Art. 241 ZPO).
 - 15.2 Die Abschreibung des Schlichtungsverfahrens als gegenstandslos wegen Säumnis des Klägers infolge Nichterscheinens an der Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO ist demgegenüber ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO. Eine entsprechende Abschreibungsverfügung stellt nach der auch kürzlich erneut bestätigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge eine prozessleitende Verfügung besonderer Art dar und untersteht nach Massgabe von Art. 319 Bst. b ZPO der Beschwerde. Da das Gesetz die Anfechtbarkeit einer Abschreibungsverfügung nach Art. 206 Abs. 1 ZPO nicht vorsieht (Art. 319 Bst. b Ziff. 1 ZPO), steht gegen eine solche Verfügung nach Art. 319 Bst. b Ziff. 2 ZPO die Beschwerde nur offen, wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Urteil des Bundesgerichts 4A_131/2013 vom 3. September 2013 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_156/2014 vom 15. April 2014 E. 3.1; zuletzt bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 4D_80/2017 vom 21. März 2018; Entscheid BO.2017.14/15 Kantonsgericht St. Gallen, I. Zivilkammer, vom 19. März 2018, E. II.2.; vgl. auch KILLIAS, Berner Kommentar,

2012, N. 24 zu Art. 242 ZPO sowie GSCHWEND/STECK, a.a.O., N. 12 und 20 zu Art. 242 ZPO; a.M. LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., N. 8 zu Art. 242 ZPO, gemäss welchem primär die Berufung und subsidiär die Beschwerde möglich ist). Dass das Bundesgericht in seinen Urteilen 5A_249/2018 vom 12. Juli 2018 E. 1.1, 4A_137/2013 vom 7. November 2013 E. 7.2 f. (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 III 378) sowie 4A_272/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 1.1 die Abschreibungsverfügung als Endentscheid im Sinne des BGG bezeichnet hat, bedeutet somit nicht, dass ein berufungsfähiger Endentscheid im Sinne der ZPO vorliegen würde, zumal das BGG sowie die ZPO begrifflich nicht ganz deckungsgleich sind (vgl. Entscheid BO.2017.14/15 Kantonsgericht St. Gallen, I. Zivilkammer, vom 19. März 2018, E. II.2).

Dementsprechend steht gegen eine Abschreibungsverfügung zufolge Säumnis der klagenden Partei an der Schlichtungsverhandlung die Beschwerde nur dann zur Verfügung, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

- 15.3 Die Beschwerde ist innert 30 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO).
- 15.4 Die 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gestützt auf Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) örtlich, sachlich und funktionell zuständig.
- 15.5 Die Urteilsfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
- 15.6 Mit der Beschwerde kann gemäss Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.
- 16. Die Beschwerde erfolgte form- und fristgerecht.
- 17.
- 17.1 Zu prüfen ist weiter, ob der Klägerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Die Beschwerdeführerin machte hierzu keine Ausführungen.
- 17.2 Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kann dem Kläger beispielsweise entstehen, wenn die erneute Einreichung eines Schlichtungsgesuchs verspätet ist, weil infolge des Ablaufs einer Verwirkungsfrist bei Abschreibung des Schlichtungsverfahrens ein materieller Rechtsverlust eingetreten ist. In anderen Fällen, in denen infolge der Abschreibung des Schlichtungsverfahrens kein Rechtsverlust eintritt, steht dem Kläger die Möglichkeit offen, ein neues Schlichtungsgesuch einzureichen (Urteil des Bundesgerichts 4A_131/2013 vom 3. September 2013 E. 2.2.2).
- 17.3 Dementsprechend ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Kündigung als missbräuchlich anfigt oder aber nur die Feststellung der Nichtigkeit bzw. Ungültig-

keit der Kündigung beantragt. Läge eine Kündigungsanfechtung im Sinne von Art. 271 i.V.m. Art. 273 OR vor, so müsste die Kündigung gemäss Art. 273 Abs. 1 OR innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde eingereicht werden. Wird diese Frist verpasst, so verwirkt das Anfechtungsrecht. Demnach würde der Klägerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen, wenn das diesbezügliche Schlichtungsverfahren als gegenstandslos abgeschrieben würde.

Handelt es sich beim gestellten Rechtsbegehren jedoch um ein reines Feststellungsbegehren betreffend Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit der Kündigung, so droht der Beschwerdeführerin durch die Abschreibungsverfügung kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, denn die Nichtigkeit einer Kündigung kann jederzeit geltend gemacht werden, womit der Beschwerdeführerin die Einreichung eines neuen Schlichtungsgesuchs offen stehen würde, ohne dass sie einen Rechtsverlust erleiden würde.

- 17.4 Wie alle Prozesshandlungen sind Rechtsbegehren nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung (Urteil des Bundesgerichts 4A_383/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.3, mit Hinweisen auf BGE 123 IV 125 E. 1; 115 Ia 107 E. 2b S. 109; 105 II 149 E. 2a S. 152; Urteile 4A_440/2014 vom 27. November 2014 E. 3.3; 5A_783/2009 vom 5. August 2010 E. 3.3.2, nicht publ. in: BGE 136 III 490). Dabei ist nicht einfach die allenfalls unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise massgebend (Urteile 4A_440/2014 vom 27. November 2014 E. 3.3; 5C.159/2000 vom 6. September 2000 E. 3c/aa).

Ein Anfechtungsbegehren i.S. von Art. 273 OR ist von Gesetzes wegen auf die Aufhebung der Kündigung ausgerichtet, weshalb die konkrete Formulierung des Begehrens irrelevant ist, solange nach Treu und Glauben erkennbar ist, dass damit die Kündigung als missbräuchlich i.S. der Art. 271 ff. OR angefochten werden soll (Urteil des Bundesgerichts 4A_383/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.4).

- 17.5 Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrem Schlichtungsgesuch die Feststellung, dass die Kündigung vom 15. August 2018 ungültig sei, der Mietzins rückwirkend herabgesetzt bzw. angepasst werde und die Mängel zu beheben seien. Zur Begründung führt sie aus, dass alle Mietzinsforderungen durch Verrechnung mit den Guthaben für geleistete Arbeiten und Lieferungen an die Beschwerdegegnerin bezahlt worden seien.

Nach dem Prinzip von Treu und Glauben ist das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin zusammen mit der Begründung dahingehend auszulegen, dass die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung geltend gemacht wird.

Für diese Auslegung spricht auch die Tatsache, dass eine ausserordentliche Kündigung infolge Zahlungsverzugs nichtig ist, wenn die gesetzlichen Kündigungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind (WEBER, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 9 zu Art. 257d OR). Eine nichtige bzw. unwirksame Kündigung liegt demnach insbesondere vor, wenn innert der Zahlungsfrist mit sofort beweisbarer Forderung eine Verrechnungserklärung abgegeben wird (ANITA THANEI, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, N. 27.2.8 S. 714, N. 29.1.4.3 S. 776).

Dementsprechend handelt es sich vorliegend nicht um eine Kündigungsanfechtung im Sinne von Art. 273 OR, sondern um einen Antrag auf Feststellung der Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung. Da die Nichtigkeit jederzeit festgestellt werden kann, steht es der Beschwerdeführerin frei, jederzeit ein neues Schlichtungsgesuch einzureichen. Eine Verwirkung ihres Anspruchs droht nicht. Damit ist das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils zu verneinen und auf die Beschwerde nicht einzutreten.

III.

18. Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, müsste sie aus den folgenden Gründen abgewiesen werden.
- 18.1 Zur Schlichtungsverhandlung haben die Parteien ausser bei Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen, bei ausserkantonalem oder ausländischem Wohnsitz oder Streitigkeiten nach Art. 243 ZPO (Gleichstellungsgesetz, Miete und Pacht bezüglich Hinterlegung von Pacht- und Mietzinsen, Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, Kündigungsschutz oder Erstreckung von Miet- und Pachtverhältnissen) persönlich zu erscheinen und können sich nicht vertreten lassen (Art. 204 Abs. 1 und 3 ZPO; HONEGGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 204 ZPO). Sie können sich aber von einer Rechtsbeistandin, einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson an die Schlichtungsverhandlung begleiten lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO). Die Pflicht zum persönlichen Erscheinen gilt nach dem Sinn und Zweck von Art. 204 Abs. 1 ZPO auch für juristische Personen (BGE 140 III 70 E. 4.3). Die Vertretung bei juristischen Personen muss an der Schlichtungsverhandlung vorbehaltlos und gültig handeln können und insbesondere zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sein (HONEGGER, a.a.O., N. 1c zu Art. 204 ZPO; BGE 140 III 70 E. 4.4 S. 73). Die Vertretungsbefugnis mit Einzelzeichnungsberechtigung kann sich einerseits aus dem Handelsregister ergeben oder aber mittels Vollmacht belegt werden. Liegt weder eine Vollmacht vor, noch ist die Vertretungsbefugnis aus dem Handelsregister ersichtlich, so liegt keine gültige Vertretung vor und die betreffende Partei ist säumig. Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben. Eine Klagebewilligung darf mit anderen Worten nicht erteilt werden (Art. 206 Abs. 1 ZPO; vgl. auch BGE 140 III 70 S. 73 f. E. 4.4 f., HONEGGER, a.a.O., N. 1c zu Art. 204 ZPO).
- 18.2 Die Erscheinungspflichten auch für juristische Personen waren in der Vorladung klar umschrieben, die Säumnisfolgen angedroht, die Beschwerdeführerin war verschuldeterweise säumig.
- 18.3 Das Schlichtungsgesuch wurde rechtsgültig durch die laut Handelsregister einzelzeichnungsberechtigte E. _____ unterzeichnet (vgl. Handelsregisterauszug, Beilage 4 zur Beschwerde). Der Mitunterzeichnung durch D. _____ kommt rechtlich keine Bedeutung zu.
- 18.4 Wie sich aus dem Verbal (pag. 18), das eine öffentliche Urkunde (Art. 9 ZGB) darstellt, ergibt, wurde versucht, die Eingabe der Beschwerdegegnerin an die klagenden

de Firma zu mailen. Erst als dies gescheitert ist, kam D. _____ ins Spiel. Die Zustellung der Eingabe an ihn zwecks Weiterleitung an die Klägerin geschah «per Adresse» und lässt keinesfalls auf eine Erscheinungsvollmacht zur Schlichtungsverhandlung schliessen.

- 18.5 Anlässlich der Schlichtungsverhandlung ist entweder ein Handelsregisterauszug oder eine schriftliche Vollmacht, aus der sich die Handlungsfähigkeit für den Vertretenen ergibt (inkl. Kompetenz zum Abschluss eines Vergleichs), vorzulegen. Fehlt dies, ist die Partei nicht rechtgültig vertreten, mithin auch nicht erschienen und damit säumig.

Die Schlichtungsbehörde hat durch nichts den Eindruck erweckt, das Vertretungsverhältnis von D. _____ im Termin auch ohne entsprechende Vollmacht als rechtmässig zu erachten. Sie handelte nach den Grundsätzen des Fair Trial, eine Verletzung von Treu und Glauben ist nicht auszumachen.

19. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig:

- 19.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf der beschwerten Partei aus einer falschen oder fehlenden Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen (BGE 124 I 255 E. 1.aa; KILLIAS, Berner Kommentar, ZPO, 2012, N 29 zu Art. 238 ZPO). Die beschwerte Partei darf sich somit grundsätzlich auf die Rechtsmittelbelehrung verlassen, ausser «wenn das Gericht sofort erkennbar eine ganz offensichtlich falsche Rechtsmittelbelehrung erteilt hat, oder wenn die Partei oder ihre Vertretung deren Unrichtigkeit tatsächlich» gekannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen (STECK/BRUNNER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 34 zu Art. 238 ZPO; vgl. auch BGE 117 Ia 119 E. 3.a, 117 Ia 421 E. 2.a, 135 III 374; STAEHELIN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 27 zu Art. 238 ZPO; KILLIAS, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO). «Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen» (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2). Dem Umstand, dass eine rechtsunkundige Person nicht anwaltlich vertreten war, ist Rechnung zu tragen (STECK/BRUNNER, a.a.O., N. 34 zu Art. 238 ZPO; STAEHELIN, a.a.O., N. 27 zu Art. 238 ZPO; BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2). Ein Anwalt muss die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung durch Konsultation des massgebenden klaren Gesetzestextes erkennen, d.h. in der Regel kann vorausgesetzt werden, dass ein Anwalt – im Gegensatz zu nicht anwaltlich vertretenen Parteien – Kenntnis von den gesetzlichen Regelungen der Rechtsmittel und Rechtsmittelfristen hat (STAEHELIN, a.a.O., N. 27 f. zu Art. 238 ZPO; vgl. auch KILLIAS, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO; BGE 117 Ia 119 E. 3.a; 117 Ia 421 E. 2.a). Wenn die Mangelhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung schwer erkennbar ist und nur nach Konsultation von Lehre und Rechtsprechung festgestellt werden kann, so ist bei allen Parteien – unabhängig davon, ob sie anwaltlich vertreten sind oder nicht – das Vertrauen in die Rechtsmittelbelehrung zu schützen (STECK/BRUNNER, a.a.O., N. 34 zu Art. 238 ZPO; STAEHELIN, a.a.O., N. 27 zu Art. 238 ZPO; KILLIAS, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO; BGE 117 Ia 421 E. 2.a, 138 I 49 E. 8.3.2, 134 I 199). Die falsche Rechtsmittelbelehrung muss

für das Unterlassen der gesetzeskonformen Rechtsmitteleingabe kausal gewesen sein (STAEHELIN, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO; KILLIAS, a.a.O., N. 30 zu Art. 238 ZPO).

Der Abschreibungsbeschluss wurde rechtzeitig angefochten, womit es an der Kausalität mangelt. Die Beschwerdeführerin ist zudem anwaltlich vertreten. Dass die Vorinstanz nicht auf die Möglichkeit der Beschwerde hingewiesen hat, schadet somit nicht.

- 19.2 Ein Hinweis im Schlichtungsgesuch, dass die Klägerin im Termin vertreten sein wird, ist entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin nicht erfolgt. Aber auch wenn dies so gewesen wäre, änderte dies nichts an den klaren Hinweisen zur rechtsgültigen Vertretung im Termin. Eine Stellvertretung braucht seitens des Gerichts auch nicht vorgängig angezweifelt zu werden, bevor die Säumnis im Gerichtssaal festgestellt wird.
- 19.3 Die Klägerin ist im Handelsregister eingetragen, will also offensichtlich am Wirtschaftsleben teilnehmen. So ist ihr auch zuzumuten, sich bezüglich der rechtsgeschäftlichen und gerichtlichen Vertretung Gedanken zu machen.
- 19.4 Ein überspitzter Formalismus liegt nicht vor, wenn die Einhaltung einfach zu handhabender und für alle gültigen Formalitäten verlangt wird. Es kann nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden, dass Gerichte verschiedenartig ausgestaltete Vorladungen erlassen müssen, je nach dem, welches Mass an Rechtskunde seitens der Parteien zu vermuten ist.
- 19.5 Aktenbesitz gilt nur bei anwaltschaftlicher Vertretung als Legitimation, nicht bei Laien.
- 19.6 Das Gericht ist nicht gehalten, bei unentschuldigtem Nichterscheinen Nachfristen anzusetzen. Es ist vielmehr Sache der Parteien, sich im Termin rechtsgültig vertreten zu lassen.

IV.

- 20. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'500.00 (Art. 46 Abs. 1 VKD), gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beschwerdeführerin zur Bezahlung aufzuerlegen. Ihr wird hierfür noch separat Rechnung gestellt werden.
- 21. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

Die Kammer entscheidet:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden der Beschwerdeführerin zur Zahlung auferlegt. Ihr wird hierfür noch separat Rechnung gestellt werden.
3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch ihren Anwalt
 - der Beschwerdegegnerin

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 29. März 2019

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Studiger

Der Gerichtsschreiber i.V.:

Günther

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95 bis 97 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Schweizerisches Bundesgericht, av. du Tribunal-Fédéral 29, 1000 Lausanne 14.

Der Streitwert beträgt über CHF 15'000.00

Hinweis:

Der Entscheid wurde mit Urteil des Bundesgerichts 4A_198/2019 vom 7. August 2019 bestätigt und ist rechtskräftig.