



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK2 10 31

Chur, 06. Februar 2012

Schriftlich mitgeteilt am:
08. Februar 2012

Beurteil

II. Zivilkammer

Vorsitz	Hubert
RichterInnen	Schlenker und Michael Dürst
Aktuarin	Thöny

In der zivilrechtlichen Beschwerde

des X., Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Martino Luminati,
Via Sottosassa 71, 7742 Poschiavo,

gegen

die Beweisverfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer vom 12. März 2010,
mitgeteilt am 12. März 2010, in Sachen des Beschwerdeführers gegen die Y.-
AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Jakob Keller, Verwaltungsratspräsi-
dent, Via Tegiatscha 5, 7500 St. Moritz,

betreffend Forderung.

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Mit Urteil vom 16. Dezember 2009 hiess das Bezirksgericht Maloja eine Klage von X. betreffend Forderung aus Werkvertrag gegen die Y.-AG teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 5'580.76 zuzüglich 5% Zins seit dem 11. März 2011 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil liess X. am 11. Februar 2010 beim Kantonsgericht von Graubünden Berufung einlegen (ZK2 10 15) und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie die Zusprechung von Fr. 14'587.-- zuzüglich Zins seit dem 24. Februar 2006; eventuell sei ein Betrag nach freiem Ermessen des Richters festzusetzen. In prozessualer Hinsicht stellte er den Antrag auf Anordnung der Ergänzung des Gutachtens vom 27. Mai 2009, eventualiter auf Durchführung eines Augenscheins.

C. Mit Beweisverfügung vom 12. März 2010 trat der Vorsitzende der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden auf die Beweisanträge betreffend Ergänzung der Expertise und betreffend Augenscheins nicht ein. Zur Begründung führte er aus, die gestellten Beweisanträge seien nicht begründet worden, weshalb nicht nachvollzogen werden könne, inwiefern die nachträgliche Beweisabnahme für den Prozessausgang wichtig sei. Abgesehen davon sei dem Kläger bereits vom Bezirksgerichtspräsidium Maloja eine Frist eingeräumt worden, um allfällige Anträge auf Ergänzung der Expertise gemäss Art. 195 ZPO zu stellen, wovon dieser jedoch keinen Gebrauch gemacht habe. Damit habe er seine prozessualen Mitwirkungspflichten bei der Experteninstruktion nicht rechtzeitig wahrgenommen und mit seinem Zuwarten bis zur Hauptverhandlung gegen Treu und Glauben verstossen. Ein Augenschein sei bereits im vorinstanzlichen Verfahren im Beisein der Parteien und des Experten durchgeführt worden, wobei ein ausführliches Protokoll erstellt worden sei. Das Gericht könne sich somit gestützt auf die Akten ein hinreichendes Bild über den zu beurteilenden Sachverhalt machen.

D. Gegen diese Verfügung liess X. am 15. April 2010 beim Kantonsgericht von Graubünden Beschwerde erheben, wobei er das folgende Rechtsbegehren stellte:

- „1. *Il decreto sulle prove del 12 marzo 2010 sia annullato.*
2. *In conformità con la richiesta dell'appello sia ordinato il complemento della perizia del 27 maggio 2009.*
3. *Spese e ripetibili a carico della controparte.*“

Zur Begründung macht er geltend, dass es sich im konkreten Fall nicht um neue Beweismittel handle, welche vor erster Instanz abgelehnt worden seien, sondern vielmehr um Beweismittel, welche nicht vollständig oder nicht korrekt abgenommen worden seien. Aus diesem Grund gelange Art. 226 ZPO gar nicht zur Anwendung. Und Art. 219 ZPO, welcher die Formalitäten der Berufungseinreichung regle, sehe keine Pflicht vor, beantragte Ergänzungen von bereits abgenommenen Beweismitteln zu begründen. Bereits aus diesem Grund sei der angefochtene Entscheid widerrechtlich. Darüber hinaus enthalte die angefochtene Verfügung Ausführungen, welche in totalem Widerspruch zu den Akten stünden. So habe er entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nachweislich bereits vor Bezirksgericht eine Ergänzung des Gutachtens beantragt. Ebenfalls unzutreffend sei die Aussage, er habe in der Prozesseingabe nicht mit genügender Bestimmtheit vorgebracht, neben den Arbeiten im Eingangs- und Treppenbereich auch solche in der Wohnung im Erdgeschoss ausgeführt zu haben. Auch dies könne den Akten, insbesondere der Klageschrift vom 6. März 2007 entnommen werden.

E. In seiner Stellungnahme vom 11. Mai 2010 führte die Y.-AG aus, der Beschwerdeführer habe wohl auch in der Wohnung B1 mitgearbeitet, jedoch gemäss Angaben des Zeugen A. nur 12-16 Stunden. Ihrer Berechnung zufolge habe der Beschwerdeführer insgesamt maximal 240 Stunden gearbeitet.

F. Mit Verfügung vom 20. Mai 2010 (ERZ 10 95) wurde X. für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Jedoch stellte sich im Verlaufe des Verfahrens heraus, dass er über eine Rechtsschutzversicherung verfügt. Mit Schreiben vom 22. Februar 2011 wurde ihm daher mitgeteilt, dass er die gewährte unentgeltliche Rechtspflege nur dann beanspruchen könne, wenn und soweit er nachweise, dass die ihm anfallenden Kosten und die Kosten seiner Rechtsvertretung nicht durch die Versicherung gedeckt seien.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie in der angefochtenen Beweisverfügung wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1.a) Die angefochtene Beweisverfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer wurde am 12. März 2010 erlassen und den Parteien gleichentags, somit vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011, mitge-

teilt. Auf den vorliegenden Fall anwendbar ist demzufolge noch die Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO-GR; BR 320.000) und damit auch das Gerichtsorganisationsgesetz (aGOG; BR 173.00) in der jeweils bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung.

b) Gegen prozessleitende und vorsorgliche Präsidialverfügungen kann innert 20 Tagen bei der betreffenden Kammer Beschwerde geführt werden (Art. 237 Abs. 1 Satz 1 ZPO-GR). Die Beschwerde wird durch Beirteil erledigt (Art. 237 Abs. 4 ZPO-GR). Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet die Beweisverfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer vom 12. März 2010. Diese stellt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 237 Abs. 1 ZPO-GR dar, weshalb die Beschwerde an das Kantonsgericht grundsätzlich zulässig ist.

2. Der Beschwerdeführer reichte seine Eingabe in italienischer Sprache ein. Es ist somit vorweg die massgebliche Gerichtssprache festzulegen. Diese bestimmt sich gemäss Art. 49 aGOG nach dem Sprachengesetz des Kantons Graubünden (SpG; BR 492.100). Dieses sieht vor, dass für die kantonalen Gerichte, wie auch im Bereiche der Amtssprachen, von der Gleichwertigkeit der Landessprachen ausgegangen wird. Die Gleichberechtigung gilt grundsätzlich für sämtliche Verfahrensschritte. Die Parteien sind also bei der Wahl der Amtssprache für ihre Eingaben und Voten vor dem Kantonsgericht frei. Allerdings legt der Gerichtsvorsitzende im Interesse der Klarheit des Verfahrens zu Prozessbeginn die Verfahrenssprache fest (Art. 7 Abs. 1 SpG). In erstinstanzlichen Zivilverfahren gilt der Grundsatz, dass die Hauptverhandlung in der Amtssprache geführt wird, welche die beklagte Partei spricht. Rechtsmittelverfahren werden in der Regel in der kantonalen Amtssprache geführt, in welcher der angefochtene Entscheid verfasst ist (Art. 8 SpG; vgl. dazu Botschaft vom 16. Mai 2006, S. 89). Im vorliegenden Fall ist die angefochtene Beweisverfügung vom 12. März 2010 in deutscher Sprache ausgefertigt worden. Zuvor legte der Vorsitzende der II. Zivilkammer mit Verfügung vom 3. März 2010 fest, dass das Hauptverfahren in deutscher Amtssprache zu führen sei. Demzufolge gelangt auch auf das vorliegende Beschwerdeverfahren die deutsche Sprache zur Anwendung.

3. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Beweisverfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer vom 12. März 2010. Darin wurde auf die Beweisanträge des Beschwerdeführers auf Ergänzung der Expertise und auf Durchführung eines Augenscheins im Berufungsverfahren ZK2 10 15 nicht eingetreten. Mit Eingabe vom 15. April 2010 liess X. dagegen beim Kantonsgericht von Graubünden Beschwerde erheben und ersuchte gleichentags um Sistierung des Berufungsver-

fahrens. Mit Verfügung vom 22. April 2010 wurde diesem Gesuch entsprochen und das Verfahren ZK2 10 15 bis zu einer anders lautenden Verfügung, längstens jedoch bis zur rechtskräftigen Erledigung des Beschwerdeverfahrens sistiert. Auf entsprechende Anfrage der Vorsitzenden beider am Kantonsgericht hängigen Verfahren hin erklärten sich sowohl X. wie auch die Y.-AG bereit, Vergleichsgespräche aufzunehmen, um in der Sache eine gütliche Einigung zu finden. In der Folge wurde ihnen seitens des Kantonsgerichts ein Vergleichsvorschlag unterbreitet, welcher eine Restforderung der Y.-AG gegenüber X. in Höhe von Fr. 8'772.50 zuzüglich Zins seit dem 11. März 2006 vorsah. Mit Schreiben vom 1. Juli 2011 liess X. dem Kantonsgericht jedoch mitteilen, dass er sich mit dem Vergleichsvorschlag nicht einverstanden erklären könne und um Weiterführung der hängigen Verfahren erbetete. Es ist daher in den nachstehenden Erwägungen über seine am 15. April 2010 eingereichte Beschwerde zu entscheiden.

4. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, seine im Berufungsverfahren gestellten Beweisanträge seien zu Unrecht abgelehnt worden, zumal es sich nicht um neue Beweismittel handle, welche vor erster Instanz abgelehnt worden seien, sondern vielmehr um Beweismittel, welche nicht vollständig oder nicht korrekt abgenommen worden seien.

a) Art. 226 Abs. 1 ZPO-GR erlaubt die Abnahme von fristgemäss vor erster Instanz angemeldeten, nicht abgenommenen Beweismitteln im Berufungsverfahren. Die Beweise sind dabei jedoch nicht vorbehaltlos abzunehmen, sondern nur dann, wenn sie – wie in Art. 226 Abs. 1 ZPO-GR ausdrücklich festgehalten wird – für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sind. Damit der zuständige Instruktionsrichter bereits zu Beginn des Verfahrens beurteilen kann, ob und aus welchen Gründen vor erster Instanz nicht oder nicht vollständig abgenommene Beweismittel nachträglich zu erheben sind, hat die Partei folglich bereits in der Berufungserklärung darzulegen, inwiefern die nachträgliche Abnahme für den Prozessausgang wichtig ist. Da gemäss Bündnerischer Zivilprozessordnung im Berufungsverfahren in der Regel ein mündliches Verfahren mit Hauptverhandlung und ohne vorgängigen Schriftenwechsel durchgeführt wird (vgl. hierzu Art. 224 ZPO-GR), hat eine allfällige Beweisergänzung vorgängig zu erfolgen, weshalb die nachträgliche Einreichung einer Begründung ausser Betracht fällt (vgl. zum Ganzen PKG 1987 Nr. 6, E. 1a; ZK2 10 8, E. 2c/aa; ZF 08 52, E. 2b; ZF 07 39, E. 1c). Dabei steht ausser Frage, dass dieser Grundsatz, welcher für gänzlich nicht abgenommene Beweismittel gilt, auch auf von der Vorinstanz nicht vollständig abgenommene Beweismittel Anwendung finden muss. Auch hier muss der Instruktionsrichter wissen, aus welchen Gründen eine Beweiserhebung ergänzt oder korri-

giert werden soll. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb für diesen Fall etwas anderes gelten soll als für den Fall, dass die Abnahme eines Beweismittels gänzlich abgelehnt wird. Im vorliegenden Fall hat dies umso mehr zu gelten, als die beantragte Ergänzung von Beweismitteln von der Vorinstanz mit eingehender Begründung abgelehnt wurde (Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 16. Dezember 2009, E. 3). Der Beschwerdeführer hätte somit bereits in der Berufungserklärung aufzeigen müssen, inwiefern die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz unhaltbar und demzufolge die Abnahme der angebotenen Beweismittel für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sein sollen.

b) Der Beschwerdeführer beruft sich sodann auf Art. 219 ZPO-GR und wendet ein, diese Bestimmung, welche die Formalitäten der Berufungseinreichung regle, sehe keine Pflicht vor, beantragte Ergänzungen von bereits abgenommenen Beweismitteln zu begründen. Auch dieser Einwand geht fehl. Wie die vorstehende Erwägung bereits aufgezeigt hat, ist Art. 219 ZPO-GR für die Frage der Zulässigkeit und der Form der Einbringung von Beweismitteln im Berufungsverfahren nicht einschlägig. Vielmehr lässt sich die Begründungspflicht aus Art. 226 Abs. 1 ZPO-GR herleiten, welcher für die Erhebung von vor Vorinstanz fristgemäss angemeldeten, aber nicht abgenommenen Beweismitteln verlangt, dass sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sind. Entgegen der Marginalie und der Auffassung des Beschwerdeführers regelt diese Bestimmung somit nicht nur die Einbringung neuer Beweismittel, sondern statuiert - um die geforderte Wesentlichkeit des Beweismittels überhaupt überprüfbar zu machen - implizit das Erfordernis einer Begründung der Beweisangebote mit Einreichung der Berufungserklärung.

c) Vorliegend enthielt die schriftliche Berufungserklärung von X. keinerlei Ausführungen darüber, welcher Beweis allenfalls aus welchem Grund für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sein soll, obwohl eine entsprechende Begründung aufgrund des Gesagten erforderlich gewesen wäre. Der Vorderrichter ist unter diesen Umständen zu Recht nicht auf die Beweisangebote eingetreten. Die Beschwerde ist daher bereits aus diesem Grund abzuweisen. Somit ist auch nicht weiter über die Rüge des Beschwerdeführers zu entscheiden, wonach er entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Beweisverfügung vor Bezirksgericht rechtzeitig eine Ergänzung der Expertise verlangt habe. Dasselbe gilt bezüglich der Ausführungen im Zusammenhang mit der Frage, ob mit genügender Bestimmtheit vorgebracht worden sei, dass neben den Arbeiten im Eingangs- und Treppenbereich auch solche in der Wohnung im Erdgeschoss erbracht worden seien. Diese beiden Punkte wurden in der angefochtenen Verfügung lediglich im

Sinne einer Eventualbegründung behandelt, welche jedoch an der Beurteilung der Sache an sich nichts zu ändern vermag.

5. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle - ebenfalls im Sinne einer Eventualbegründung - erwähnt, dass sich eine Ergänzung der Expertise auch aus den nachfolgenden Gründen als nicht notwendig erweist. Der Beschwerdeführer verlangte anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Maloja eine Ergänzung der Expertise bezüglich der im Erdgeschoss erbrachten Plattenlegerarbeiten. Offenbar will er an diesem Antrag festhalten, was er allerdings - wie bereits ausgeführt wurde - in der Berufungserklärung nicht dargetan und begründet hat. Der Gutachter, der sowohl an der Hauptverhandlung wie auch am vorgängig durchgeführten Augenschein anwesend war, sagte in diesem Zusammenhang aus, dass bei gleichen Grundrissen in der Erdgeschosswohnung vom gleichen Aufwand wie in der oberen Wohnung auszugehen sei. Der Vertreter der Beklagten beziehungsweise Beschwerdegegnerin wiederum bestätigte, dass die Wohnung im Erdgeschoss in etwa den gleichen Grundriss und die gleiche Grösse aufweise. Weiter gab der Experte an, dass das Verlegen einer Fläche von 1 m² mit normalen Fliesen rund eine Stunde beanspruche (vgl. act. II.17 S. 4). In der Prozesseingabe (act. II.1) und im Gutachten (act. VIII.8) wurde nicht unterschieden, wann welche Arbeiten geleistet, wann diese in Rechnung gestellt und ob diese bezahlt wurden. Es ging lediglich darum, den gesamten, für die Y.-AG erbrachten Arbeitsaufwand von X. zu ermitteln. Dabei kam der Gutachter und gestützt auf dessen Expertise auch das Bezirksgericht Maloja zum Ergebnis, dass der Kläger im oberen Stock und im Treppenhaus 149.22 Stunden gearbeitet hatte. Werden nun die im Urteil zugesprochenen Arbeiten im Treppenhaus von 48.54 Stunden abgezogen, verbleiben 100.77 Stunden, in welchen der Beschwerdeführer in der oberen Wohnung B2 und dem Studio B2b Arbeiten für die Beklagte erbracht hat. Ausgehend von der Aussage des Experten, wonach für die Wohnung im Erdgeschoss bei gleichem Grundriss und bei Verwendung von ähnlichen Materialien in etwa vom gleichen Aufwand wie in der oberen Wohnung auszugehen ist, lässt sich darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer in der unteren Wohnung in ähnlichem Umfang Arbeiten wie in der oberen Wohnung verrichtet hat, womit er Anspruch auf Entschädigung von total rund 250 Stunden hätte. Nachdem die Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren erklärt hatte, X. habe höchstens 240 Stunden gearbeitet und eine entsprechende Forderung anerkannte, erübrigt sich hierzu eine weitere Beweisführung, zumal die Forderung in diesem Umfang als unbestritten zu gelten hat. Ausgeschlossen werden kann gestützt auf die Aussagen des Experten, dass der Beschwerdeführer einen höheren Anspruch hat. Aufgrund des Beweiser-

gebnisses ist erwiesen, dass X. in der unteren Wohnung nicht mehr Arbeitsstunden als in der Wohnung und dem Studio im oberen Geschoss erbracht hat. So wies der ebenfalls für die Beschwerdegegnerin tätige Zeuge A. anlässlich des Augenscheins darauf hin (act. II.17), dass gemeinsam mit X. in der unteren Wohnung Arbeiten verrichtet worden seien. Als Zeuge gab er sodann zu Protokoll (act. VII.1 S. 5), dass die Natursteinarbeiten in der Wohnung im oberen Geschoss einen bedeutend grösseren Umfang gehabt hätten. Es kann insofern nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer von der Grösse der Wohnungen, der Arbeitsteilung und den zu erledigenden Natursteinarbeiten in der Wohnung im Erdgeschoss im Vergleich zu den Arbeiten in der oberen Etage mehr Arbeitsstunden verrichtete. Dies umso weniger, als im oberen Geschoss Arbeiten in einer Wohnung und einem Studio erbracht wurden, währenddessen in Bezug auf die Arbeiten im unteren Geschoss nur von einer Wohnung die Rede ist. Zudem wurden die Arbeiten in der Wohnung im Erdgeschoss anlässlich des Augenscheins für den Beschwerdeführer erst zum Thema, als der Zeuge A. darauf hinwies. Das kann offenkundig nur deshalb der Fall sein, weil den Arbeiten in der unteren Wohnung im Vergleich zu den Arbeiten im oberen Stockwerk geringere Bedeutung zukam. Andernfalls hätte der Beschwerdeführer wohl schon von sich aus anlässlich des Augenscheins auf diese Arbeiten hingewiesen. Die Ergänzung der Expertise erweist sich somit aus diesem Grund auch als unnötig, womit der Beweis Antrag - könnte darauf eingetreten werden - ohnehin abgewiesen werden müsste. Auch auf die Durchführung eines Augenscheins wäre unter diesen Umständen zu verzichten.

6.a) Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 1'000.-- vollumfänglich zu Lasten des Beschwerdeführers (Art. 122 Abs. 1 und 2 ZPO-GR). Da sich die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren selbst und nicht durch ihren Rechtsvertreter vernehmen liess, entfällt die Zusprechung einer ausseramtlichen Entschädigung.

b) Im Berufungsverfahren ZK2 10 15 wurde X. mit Verfügung vom 20. Mai 2010 (ERZ 10 95) die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Dabei gilt es zu beachten, dass die erteilte Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung gemäss herrschender Lehre auch allfällige Nebenverfahren wie die Anfechtung einer prozessleitenden Verfügung oder vorsorgliche Massnahmen umfasst, solange sich lediglich eine andere Abteilung des betreffenden Gerichts mit dem Fall befasst (vgl. hierzu Brunner, ZGRG 4/03, S. 160 erste Spalte unten). Mit anderen Worten gilt die Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Im Verlaufe des Berufungsverfahrens stellte sich jedoch

heraus, dass X. über eine Rechtsschutzversicherung verfügt. Deshalb wurde ihm mit Schreiben vom 22. Februar 2011 (act. 21) mitgeteilt, er könne die ihm gewährte unentgeltliche Rechtspflege nur beanspruchen, wenn und soweit er nachweise, dass die ihm im Berufungsverfahren anfallenden amtlichen Kosten und die Kosten seiner Rechtsvertretung nicht durch seine Rechtsschutzversicherung gedeckt seien. Gleiches hat auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren zu gelten.

III. Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'000.-- gehen zu Lasten des Beschwerdeführers. Vorbehalten bleibt die Kostenbefreiung im Rahmen der Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung, soweit der Nachweis gemäss Erwägung 6.b) erbracht wird.
3. Es werden keine ausseramtlichen Entschädigungen zugesprochen.
4. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 72 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
5. Mitteilung an: