

# GR\_GERICHTE ZK2 2015 7 vom 15. September 2016

GR Gerichte, 2016-09-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2015\\_7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2015_7)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2015 7 du 15 septembre 2016

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2015 7 del 15 settembre 2016

## Regeste

Forderung | Berufung OR Allgemeine Bestimmungen

## Erwägungen

### E. 16

Februar 2013 zwei Doppelzimmer im Hotel X.\_\_\_\_\_ an der \_\_\_\_\_strasse in O.1\_\_\_\_\_. Am Abend des 14. Februar 2013 hielt sich die Familie im Speisesaal des Hotels auf. Y.\_\_\_\_\_, geboren am \_\_\_\_\_2009, wollte sich gegen 19:30 Uhr vom Speisesaal in den angrenzenden "Spiel&Spass-Bereich" begeben. Dazu musste sie den dafür vorgesehenen Durchgang benutzen, welcher direkt am Buffet vorbeiführte. Als sie den Durchgang passierte, stolperte sie über das am Buffet herunterhängende und das Parkett überspannende Elektrokabel des Suppenwärmers, woraufhin dieser herunterfiel und sich die heisse Suppe über ihre Unterschenkel ergoss. B. Y.\_\_\_\_\_ erlitt starke Verbrennungen an den Unterschenkeln, Fussgelenken und Fussrücken beider Beine (Verbrennungsgrad II a und II b). Sie wurde in einer Notfallpraxis in O.1\_\_\_\_\_ erstbehandelt. Im Anschluss wurde das Mädchen ins Spital nach O.2\_\_\_\_\_ verlegt, wo ihr ein erster Verband angelegt wurde. Am 15. Februar 2013 wurde sie nach O.3\_\_\_\_\_ überführt, wo sie in der Klinik für Kinderchirurgie weiterbehandelt wurde. Sie musste sich u.a. einer Operation und einer mehrtägigen Lampenbehandlung unterziehen. Die verbrannten Hautstellen mussten während zwei Jahren fortwährend behandelt werden (tägliche Massagen à 20 Minuten, Kompressionstrümpfe tragen und UV-Strahlung vermeiden). C. Mit Einschreiben vom 29. Januar 2014 an die X.\_\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_\_, z.H. Herr A.\_\_\_\_\_, zeigte Rechtsanwalt Samuel Baumgartner dieser sein Mandat an, meldete eine Genugtuungsforderung von CHF 12'000.-- an und bat um Kontaktaufnahme. Das Schreiben wurde am 6. Februar 2014 von "B.\_\_\_\_\_" entgegengenommen. Es blieb gleich wie weitere Telefonate und ein Faxschreiben vom 12. Februar 2014 an A.\_\_\_\_\_, Hotel X.\_\_\_\_\_ unbeantwortet. D. Am 13. Februar 2014 reichte Y.\_\_\_\_\_, vertreten durch ihren Vater Z.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Samuel Baumgartner, gegen die X.\_\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_\_, beim Vermittleramt Plessur ein Schlichtungsgesuch ein und beantragte die Bezahlung einer Genugtuung in der Höhe von CHF 12'000.--. Die Schlichtungsverhandlung, an der nur der Rechtsvertreter von Y.\_\_\_\_\_ teilnahm, fand am 27. März 2014 statt. In der Folge stellte der Vermittler die Klagebewilligung aus.

Seite 3 — 22 E. Am 11. Juli 2014 reichte Y.\_\_\_\_\_, vertreten durch ihren Vater Z.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Samuel Baumgartner, gegen die X.\_\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_\_, Klage beim Bezirksgericht Plessur ein und stellte folgendes Rechtsbegehren: „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 12'000.– Genugtuung zu bezahlen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.“ F. Mit eingeschriebener Postsendung vom 15. Juli 2014 forderte das Bezirks-

gericht die X.\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_, zur Stellungnahme auf. Da die eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt wurde, versuchte das Bezirksgericht am 25. Juli 2014 die Klage samt Aufforderung zur Stellungnahme per Einschreiben an die X.\_\_\_\_AG, c/o A.\_\_\_\_, Adresse.2\_\_\_\_ zuzustellen. Diese Adresse ist im Handelsregisterauszug der X.\_\_\_\_AG als "weitere Adresse" eingetragen. Auch dieser Zustellversuch blieb ohne Erfolg. Schliesslich erfolgte die Zustellung der Klage mittels öffentlicher Bekanntmachung vom 14. August 2013 im Amtsblatt des Kantons Graubünden. Innert der dabei gestellten Frist ging keine Stellungnahme beim Bezirksgericht Plessur ein. G. Die Hauptverhandlung, zu der mit prozessleitender Verfügung vom 11. September 2014 und mit öffentlicher Publikation vom 18. September 2014 im Amtsblatt des Kantons Graubünden vorgeladen wurde, fand am 5. November 2014 statt. An der Hauptverhandlung nahm einzig die Rechtsvertreterin von Y.\_\_\_\_, Rechtsanwältin Eliane Ritzmann, welche das Mandat in der Zwischenzeit von Rechtsanwalt Samuel Baumgartner übernommen hatte, teil. H. Mit Entscheid vom 5. November 2014, mitgeteilt am 23. Dezember 2014, erkannte das Bezirksgericht Plessur was folgt: „1. Die Klage wird gutgeheissen und die X.\_\_\_\_AG verpflichtet, Y.\_\_\_\_ eine Genugtuung von CHF 12'000.00 zu bezahlen. 2. a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 4'650 (Entscheidunggebür CHF 4'300.00 [inkl. Kosten Publikationen], Pauschale Schlichtungsverfahren CHF 350.00 [Proz. Nr. VA\_021/14]) gehen zu Lasten der X.\_\_\_\_AG und werden mit den geleisteten Vorschüssen in Höhe von CHF 4'650.00 verrechnet. b) Die X.\_\_\_\_AG hat Y.\_\_\_\_ eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 6'000.00 (inkl. Barauslagen, zuzgl. MwSt.) zu bezahlen und ihr die geleisteten Vorschüsse in Höhe von CHF 4'650.00 zu ersetzen. 3. [Rechtsmittelbelehrung] 4. [Mitteilung]"

Seite 4 — 22 Dieser Entscheid wurde der X.\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_, O.1\_\_\_\_ am 30. Dezember 2014 zugestellt und durch A.\_\_\_\_ abgeholt. I. Mit Eingabe vom 6. Januar 2013 an das Bezirksgericht Plessur bemängelte die Rechtsvertreterin von Y.\_\_\_\_, dass der in der Hauptverhandlung vom 5. November 2014 beantragte Genugtuungszins in der Höhe von 5 % seit dem 14. Februar 2013 im Entscheid vom 5. November 2014 versehentlich vergessen worden sei und ersuchte das Bezirksgericht, das Dispositiv entsprechend zu berichtigen. J. Mit Berichtigungsentscheid vom 5. Januar 2015, mitgeteilt am 8. Januar 2015, erkannte das Bezirksgericht Plessur was folgt: „1. Die Ziffer 1. des Dispositivs des Entscheids des Bezirksgerichts Plessur, mitgeteilt am 23. Dezember 2013, wird folgendermassen berichtigt: 1. Die Klage wird gutgeheissen und die X.\_\_\_\_AG verpflichtet, Y.\_\_\_\_ eine Genugtuung von CHF 12'000.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 14. Februar 2013 zu bezahlen. 2. Für diesen Entscheid werden keine Kosten erhoben. 3. [Rechtsmittelbelehrung] 4. [Mitteilung]" Der Berichtigungsentscheid wurde der X.\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_, O.1\_\_\_\_ am 9. Januar 2015 zugestellt und durch B.\_\_\_\_ abgeholt. K. Mit Eingabe vom 31. Januar 2015 erhob die AG Hotel X.\_\_\_\_, O.1\_\_\_\_, vertreten durch A.\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift, gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 5. November 2014 und den Berichtigungsentscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 5. Januar 2015 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden und stellte folgendes Rechtsbegehren: „1. Der Entscheid des Bezirksgerichtes Plessur vom 5. November 2014 und der Berichtigungsentscheid des Bezirksgerichtes Plessur vom 5. Januar 2015 seien aufzuheben und die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten." Begründend wurde u.a. ausgeführt, die Passivlegitimation werde bestritten. Sie sei nicht Betreiberin des Hotels

X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_, sondern habe dieses seit dem 1. Dezember 2002 an C.\_\_\_\_\_ vermietet, weshalb dieser passivlegitimiert sei. L. Am 27. Februar 2015 reichte Y.\_\_\_\_\_, vertreten durch Z.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwältin Eliane Ritzmann, dem Kantonsgericht von Graubünden ihre Berufungsantwort ein und beantragte:

Seite 5 — 22 „1. Auf die Berufung der Berufungsklägerin sei nicht einzutreten. 2. Eventualiter sei die Berufung der Berufungsklägerin vollumfänglich ab- zuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulas- ten der Berufungsklägerin.“ U.a. machte sie geltend, die X.\_\_\_\_\_AG hätte die Einrede der fehlenden Passiv- legitimation bereits vor Vorinstanz vorbringen müssen, weshalb sie gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO verspätet und somit nicht zu berücksichtigen sei. Im Übrigen sei die Passivlegitimation der X.\_\_\_\_\_AG gegeben. Diese führe im Gesellschafts- zweck gemäss Handelsregisterauszug den "Betrieb des Hotels X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_" explizit auf, weshalb sie sich dessen Handlungen bzw. die Handlun- gen, die von ebendiesem Gesellschaftszweck gedeckt seien, anrechnen lassen müsse. Ferner dürften Dritte, gestützt auf den Auftritt des Hotels X.\_\_\_\_\_ auf des- sen Homepage und Briefpapier, wo immer Hotel X.\_\_\_\_\_ und nirgends C.\_\_\_\_\_ vermerkt sei, und den Gesellschaftszweck im Handelsregisterauszug der X.\_\_\_\_\_AG, annehmen, dass die X.\_\_\_\_\_AG auch Betreiberin des Hotels X.\_\_\_\_\_ sei. M. Mit Schreiben vom 4. März 2015 reichte die Rechtsvertreterin von Y.\_\_\_\_\_, Rechtsanwältin Eliane Ritzmann dem Kantonsgericht von Graubünden ihre Hono- rarnote ein und machte bei einem zeitlichen Aufwand von 26.55 Stunden ein Ho- norar von Total CHF 10'140.60 geltend. N. Am 10. März 2015 liess A.\_\_\_\_\_ dem Gericht seine Bemerkungen zur Kos- tennote der Rechtsanwältin Eliane Ritzmann zukommen und führte aus, er beur- teile die Kostennote als stark übertrieben und den Aufwand angesichts der sich stellenden Rechtsfragen als nicht angemessen. In seiner Eingabe machte er zu- dem weitere Ausführungen in der Sache selbst und führte u.a. aus, es wäre ein Einfaches gewesen, herauszufinden, wer beklagte Partei sei. Schliesslich machte er geltend, das Bezirksgericht Plessur habe einen Verfahrensfehler begangen, indem es der Beklagten bei versäumter Klageantwort keine Nachfrist angesetzt habe (Art. 223 Ziff. 1 [recte: Abs. 1] ZPO), weshalb die Bestreitung der Passivlegi- timation vor der Berufungsinstanz zulässig sein müsse oder der Prozess wegen dieses Verfahrensfehlers an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Gleichzeitig reich- te er dem Gericht seine Kostennote ein und machte eine Umtriebsentschädigung von 6 Stunden bzw. ein Honorar von CHF 600.-- geltend. O. Daraufhin entgegnete Rechtsanwältin Eliane Ritzmann mit Schreiben vom

## **E. 19**

März 2015, die in der Stellungnahme zur Kostennote von der X.\_\_\_\_\_AG gel-

Seite 6 — 22 tend gemachten Aspekte hätten nichts mit der von ihr eingereichten Honorarnote zu tun. Diese Ausführungen hätten bereits in der Berufungsschrift vorgebracht werden müssen. Überdies seien die Tatsachenbehauptungen betreffend Verfah- rensfehler im Berufungsverfahren infolge des beschränkten Novenrechts nicht mehr zu berücksichtigen. Weiter führte sie aus, die von ihr geltend gemachte Par- teientschädigung beruhe auf den üblichen Stundenansätzen im Raum Zürich und die Höhe der eingereichten Kostennote sei gerechtfertigt. Hingegen könne eine nicht berufsmässig vertretene Partei nur in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung beantragen. Die Voraussetzungen seien vorliegend nicht gegeben. P. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie in den Eingaben der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägun- gen eingegangen. II. Erwägungen 1. a) Anfechtungsobjekte

des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden der Entscheidung vom 5. November 2014 und der Berichtigungsentscheid vom 5. Januar 2015 des Bezirksgerichts Plessur. Mit Entscheidung vom 5. November 2014 hiess das Bezirksgericht Plessur die Klage der Berufungsbeklagten gut, verpflichtete die Berufungsklägerin zur Bezahlung einer Genugtuung von CHF 12'000.-- an die Berufungsbeklagte und auferlegte der Berufungsklägerin die Gerichtskosten und die Parteientschädigung der Berufungsbeklagten. Mit Berichtigungsentscheid vom 5. Januar 2015 wurde die Ziffer 1 des Dispositivs korrigiert und die Berufungsklägerin zusätzlich verpflichtet, die zugesprochene Genugtuungsforderung von CHF 12'000.00 mit 5 % seit dem 14. Februar 2013 zu verzinsen. Der berichtigte Entscheid wurde den Parteien neu eröffnet (Art. 334 Abs. 4 ZPO). Dieser neue Entscheid ersetzt den berichtigungsbedürftigen Entscheid. Er unterliegt unter den jeweiligen Voraussetzungen demjenigen Rechtsmittel, das gegen den ursprünglichen Entscheid gegeben war. Die Frist für das zutreffende Hauptrechtsmittel (Berufung bzw. Beschwerde) beginnt mit Bezug auf den eigentlichen Prozessgegenstand neu zu laufen, allerdings nur soweit als durch die Berichtigung eine neue Beschwer eingetreten ist (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221, S. 7382; Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Seite 7 — 22 Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 14 zu Art. 334 ZPO; Ivo Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 18 zu Art. 334 ZPO). b) Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der vorliegend angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 5. November 2014 bzw. der Berichtigungsentscheid vom 5. Januar stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid im Sinne von Art. 236 Abs. 1 ZPO dar, da es sich dabei um einen Sachentscheid handelt, welcher das Verfahren ganz oder teilweise beendet (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 14 zu Art. 308 ZPO). Für die Festlegung des Streitwerts ist auf den Betrag abzustellen, welcher nach den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren und Parteierklärungen bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war (vgl. Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 9 zu Art. 308; Reetz/Theiler, a.a.O., N 39 f. zu Art. 308 ZPO). Der Entscheidung der Vorinstanz lag ein Forderungsbetrag von CHF 12'000.-- zugrunde (in die Streitwertberechnung werden die Zinsen nicht miteinbezogen, Art. 91 Abs. 1 ZPO). Somit ist die Streitwertgrenze der Berufung erreicht. c) Die Berufung ist beim Kantonsgericht von Graubünden innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides unter Beilegung desselben schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO und Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Der Entscheid vom 5. November 2014 wurde der Berufungsklägerin am 30. Dezember 2014, der Berichtigungsentscheid vom 5. Januar 2015 am 9. Januar 2015 zugestellt (vgl. Akten Vorinstanz act. V.14). Die mit Eingabe vom 31. Januar 2015 von der Berufungsklägerin beim Kantonsgericht von Graubünden eingereichte Berufung erweist

sich somit unter Berücksichtigung des Fristenstillstands über Weihnachten/Neujahr als fristgerecht und auch im Übrigen als formgerecht, weshalb insoweit darauf einzutreten ist.

Seite 8 — 22 d) Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (vgl. Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. 2. a) Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung im Wesentlichen vor, sie bestreite ihre Passivlegitimation. Sie sei lediglich Eigentümerin, nicht Betreiberin des Hotels X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ und habe dieses seit 1. Dezember 2002 an C.\_\_\_\_\_ vermietet. Zum Beweis legt sie den Mietvertrag vom 26. September 2002 ins Recht (act. B.3). Unter Hinweis auf den Handelsregisterauszug über C.\_\_\_\_\_ (act. B.4) macht sie geltend, dieser sei im Handelsregister als Betreiber des Hotels X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ eingetragen. Z.\_\_\_\_\_, der Vater der Berufungsbeklagten, habe beim Betreiber des Hotels X.\_\_\_\_\_ für die Zeit vom 9. bis 16. Februar 2013 zwei Doppelzimmer gebucht. Sie selbst habe mit dem bedauerlichen Unfall nichts zu tun. Der Suppenwärmer sei nicht von ihr betrieben worden und sie sei auch nicht für das Elektrokabel vom Buffet zum Suppenwärmer verantwortlich gewesen. Sie habe keinen Beherbergungs- und Verpflegungsvertrag mit der Berufungsbeklagten geschlossen und keine Schutzpflicht für deren persönliche Sicherheit verletzt. b) Am 27. Februar 2015 reichte die Berufungsbeklagte dem Kantonsgericht von Graubünden ihre Berufungsantwort ein. Sie macht darin geltend, die Berufungsklägerin habe im vorliegenden Berufungsverfahren zum ersten Mal und somit verspätet eingewendet, sie sei nicht passivlegitimiert. Sie sei sowohl vor Einleitung des Schlichtungsgesuchs als auch während dem erstinstanzlichen Verfahren mittels Zustellungen über den Vorfall – welcher sich am 14. Februar 2013 in ihren Räumlichkeiten ereignet habe – wie auch über die Rechtsansprüche der Berufungsbeklagten informiert und in Kenntnis gesetzt worden. Die Berufungsklägerin habe nie reagiert und geltend gemacht, sie sei nicht passivlegitimiert. Die Sachlegitimation bilde keine Prozessvoraussetzung, sondern betreffe das materielle Recht, womit die Klage als unbegründet abgewiesen werde, wenn die Sachlegitimation fehle. Diese sei als materiellrechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs zwar vom Richter jeder Stufe im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen; unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime gelte dies allerdings nur nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts. Im Berufungsverfahren könnten neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht würden und trotz zu-

Seite 9 — 22 mutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Bei der Einrede, die Berufungsklägerin habe nichts mit dem Betrieb des Hotels zu tun und sei lediglich Eigentümerin des Hotels X.\_\_\_\_\_ und habe dieses an Herrn C.\_\_\_\_\_ vermietet (Berufungsschrift Ziff. 2, S. 3), handle es sich um das Vorbringen einer neuen tatsächlichen Behauptung, welche sich auf den von der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren eingereichten Mietvertrag stütze, und zum jetzigen Zeitpunkt gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr zulässig sei. Die Berufungsklägerin hätte die Einrede der fehlenden Passivlegitimation bereits vor der Vorinstanz vorbringen können und müssen. Da sich diese jedoch zu keinem Zeitpunkt im erstinstanzlichen Verfahren geäußert habe, habe sie dies unentschuldigterweise verpasst. Die fehlende Passivlegitimation könne nun nicht mehr vor der Berufungsinstanz geltend

gemacht werden, da das vorliegende Verfahren der Verhandlungsmaxime unterliege. Es wäre der Berufungsklägerin sodann in Anwendung der zumutbaren Sorgfalt ohne weiteres möglich gewesen, den Mietvertrag mit der Behauptung, dass sie nicht die Hotelbetreiberin des Hotels X. \_\_\_\_\_ in O.1 \_\_\_\_\_ sei, bereits im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Bezirksgericht Plessur vorzubringen. c) Mit Schreiben vom 3. März 2015 liess der Vorsitzende der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden der Berufungsklägerin das Doppel der Berufungsantwort zukommen und teilte mit, dass weder ein weiterer Schriftenwechsel noch eine mündliche Verhandlung vorgesehen sei. d) Am 4. März 2015 reichte die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten dem Kantonsgericht von Graubünden ihre Honorarnote ein. Diese liess der Vorsitzende der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden der Berufungsklägerin zukommen und machte darauf aufmerksam, dass allfällige Bemerkungen dazu bis zum 16. März 2015 einzureichen seien. e) Mit Eingabe vom 10. März 2015 (act. A.3) machte die Berufungsklägerin geltend, die Kostennote der Gegenpartei sei stark überhöht. Zudem ergänzte sie ihre Ausführungen zur Sache selbst und führte aus, es wäre für die Berufungsbeklagte respektive deren Rechtsvertreterin ein Einfaches gewesen, herauszufinden, wer beklagte Partei sei. So hätte man beispielsweise bei der Gemeinde O.1 \_\_\_\_\_ auf dem Patentamt nachfragen können. Die Gemeinde gebe im Falle einer Klage Auskunft, nicht nur wer Patentinhaber sei, sondern auch in welchem Vertragsverhältnis (Direktor oder Pächter) dieser stehe. Auch der Kurverein von O.1 \_\_\_\_\_ hätte Bescheid gewusst und beim Handelsregisteramt hätte man dies ebenfalls abklären können. Die Berufungsklägerin wirft die Frage auf, warum die Beru-

Seite 10 — 22 fungenbeklagte nicht im Hotel angerufen und C. \_\_\_\_\_ telefonisch kontaktiert habe. Auf allen Unterlagen des Hotels, E-Mail-Verkehr, Web-Seite, Buchungsbestätigung, Rechnung etc. sei nie von einer AG Hotel X. \_\_\_\_\_ die Rede, sondern immer nur von C. \_\_\_\_\_, Hotel X. \_\_\_\_\_. Ferner seien von der Versicherung von C. \_\_\_\_\_ Leistungen für die Heilung der Berufungsbeklagten ausbezahlt worden, wodurch klar ersichtlich werde, dass C. \_\_\_\_\_ Versicherungsnehmer sei. Weiter führte sie aus, durch die falsche Zustelladresse der Gesellschaft, sowie durch die Entgegennahme von Einschreibebriefen durch den 88-jährigen und "nicht mehr fähigen" (sic!) B. \_\_\_\_\_, sei der Unterzeichnende (A. \_\_\_\_\_, Verwaltungsratspräsident der Berufungsklägerin) erst nach dem Entscheid des Bezirksgerichts auf den Fall aufmerksam worden. Schliesslich sei noch darauf hinzuweisen, dass das Bezirksgericht Plessur einen Verfahrensfehler begangen habe dürfte, indem es der Beklagten und Berufungsklägerin bei versäumter Klageantwort keine Nachfrist angesetzt habe (Art. 223 Ziff. 1 [recte: Abs. 1] ZPO). Diesfalls müsse die Bestreitung der Passivlegitimation vor der Berufungsinstanz zulässig sein oder der Prozess sei wegen dieses Verfahrensfehlers an die Vorinstanz zurückzuweisen. f) Am 19. März 2015 reichte die Berufungsbeklagte dem Kantonsgericht von Graubünden schliesslich ihre Bemerkungen zur Eingabe der Berufungsklägerin vom 10. März 2015 (Bemerkungen zur Kostennote von Rechtsanwältin Ritzmann) ein (act. A.4). Darin führt sie u.a. aus, die in der Stellungnahme zur Kostennote von der Berufungsklägerin geltend gemachten Aspekte hätten nichts mit der von ihr eingereichten Honorarnote zu tun. Der Berufungsklägerin sei mit Schreiben vom 6. März 2015 des Kantonsgerichts von Graubünden mitgeteilt worden, allfällige Bemerkungen zur Kostennote bis zum 16. März einzureichen. Der dritte Abschnitt auf Seite 1 sowie die ganzen Ausführungen auf Seite 2 der Stellungnahme hätte die Berufungsklägerin bereits in der Berufungsschrift vorbringen müssen. Daher seien die besagten Ausführungen aus dem Recht zu weisen. Zudem seien die in der Stellungnahme vorgebrachten

Tatsachenbehauptungen betreffend Verfahrensfehler im Berufungsverfahren auch infolge des beschränkten Novenrechts nicht mehr zu berücksichtigen. 3. Die Berufungsklägerin bestreitet im Berufungsverfahren erstmals ihre Passivlegitimation. Die Berufungsbeklagte ist der Ansicht, der Einwand erfolge zu spät und könne aufgrund des eingeschränkten Novenrechts nicht mehr berücksichtigt werden. Nachfolgend ist zu prüfen wie es sich damit verhält. a) aa) Die Sachlegitimation hat die Frage zum Inhalt, wer hinsichtlich des streitigen Anspruchs materiell-rechtlich berechtigt bzw. verpflichtet und demzufolge als

Seite 11 — 22 klagende bzw. beklagte Partei in den Prozess einzubeziehen ist. Man spricht von der Aktiv- und Passivlegitimation einer Partei. Die Sachlegitimation als Ausdruck der materiellen Berechtigung und Verpflichtung im Prozess als Kläger bzw. Beklagter aufzutreten, gehört nicht zu den Prozessvoraussetzungen, sondern ist Gegenstand der Beurteilung durch Sachurteil (vgl. BGE 139 III 504 E. 1.2, 133 III 180 E. 3.4). Fehlt es der klagenden oder beklagten Partei bezüglich des geltend gemachten Anspruchs an der Sachlegitimation, wird die Klage im Sinne eines Sachurteils abgewiesen (vgl. BGE 138 III 737 E. 2; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_1/2014 vom 26. März 2014, E. 2.3; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 11 Rz. 4 und § 13 Rz. 20; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 162). bb) Die Sachlegitimation ist als materiellrechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs vom Richter jeder Stufe im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO, vgl. BGE 126 III 59 E. 1a). Unter der Herrschaft der vorliegend anwendbaren Verhandlungsmaxime (streitig ist ein Genugtuungsanspruch über CHF 12'000.00) gilt dies jedoch nur nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts (vgl. BGE 130 III 550 E. 2, 118 Ia 129 E. 1; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_1/2014 vom 26. März 2014, E. 2.3). Bei Geltung der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) trifft die Parteien die jeweilige Behauptungs- bzw. Bestreitungs- und Beweisführungslast, weshalb sie dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren bzw. ihren Standpunkt stützen, darzulegen und durch Einreichung der greifbaren Beweismittel oder durch Stellung von Beweisanträgen zu beweisen haben. Allgemein bekannte Tatsachen bzw. dem Gericht bekannte Tatsachen (gerichtsnotorische Tatsachen) sowie allgemeine Erfahrungssätze müssen weder behauptet noch bewiesen werden (Art. 151 ZPO). Dasselbe gilt für unbestrittene oder zugestandene Tatsachen. cc) Das Gericht trifft sodann gemäss Art. 56 ZPO bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen der Parteien eine allgemeine Fragepflicht. Für das vereinfachte Verfahren, welches vorliegend zur Anwendung gelangt, gilt zudem, dass das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hinwirkt, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Es besteht somit im vereinfachten Verfahren eine verstärkte richterliche Frage-, Aufklärungs- und Hinweispflicht (vgl. Bernd Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl.,

Seite 12 — 22 Zürich/Basel/Genf 2013, N 10 zu Art. 247 ZPO). Dennoch gilt im Ausgangspunkt die Verhandlungsmaxime und es ist primär Sache der Parteien, den Prozessstoff zu sammeln, zumal diese dazu am Besten in der Lage sind. So besteht etwa trotz verstärkter richterlicher Fragepflicht für das Gericht kein Anlass unbestrittene oder gar explizit zugestandene Tatsachenbehauptungen zu hinterfragen. Dem Gericht kommt lediglich eine unterstützende, nicht aber tragende Funktion zu. Es wirkt darauf hin, dass die

Prozesshandlungen der Parteien in richtiger Form vorgenommen werden und die Parteibehauptungen und Parteierklärungen Bestimmtheit, Vollständigkeit und Klarheit besitzen. Wird eine bestimmte Tatsache von den Parteien nicht zumindest angedeutet, so muss das Gericht nicht nachfragen. Das Gericht ist auch nicht gehalten, bei Verweigerung der zumutbaren Mitwirkung etwa, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen oder alle möglichen Beweise abzunehmen. Ebenso gleicht es keine prozessualen Nachlässigkeiten aus (vgl. Hauck, a.a.O., N 15 zu Art. 247 ZPO).

b) aa) Das Bezirksgericht Plessur führt zur Frage der Passivlegitimation im angefochtenen Entscheid vom 5. November 2014 (act. B.1) aus, bei der Beklagten (bzw. Berufungsklägerin) handle es sich um eine im Handelsregister des Kantons Graubünden eingetragene Aktiengesellschaft (CHE-102.630.514) mit Sitz in O.1\_\_\_\_\_ (vgl. klägerische Beilage im vorinstanzlichen Verfahren act. III.3). Die Beklagte (bzw. Berufungsklägerin) bezwecke gemäss Handelsregisterauszug – neben der Erstellung, dem Erwerb und der Verpachtung – den Betrieb von Hotels und anderen touristischen Einrichtungen, insbesondere auch des Hotels X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ (vgl. klägerische Beilage im vorinstanzlichen Verfahren act. III.3). Wie den von der Klägerin (bzw. Berufungsbeklagten) eingereichten Beilagen weiter zu entnehmen sei, habe der Vater der Klägerin (bzw. Berufungsbeklagten), für die Zeit vom 9. bis 16. Februar 2013 im Hotel X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ ein Doppelzimmer "Süd Nuovo" mit Balkon für zwei Erwachsene sowie ein Doppelzimmer "Nord Classic" für drei Kinder reserviert (vgl. klägerische Beilage im vorinstanzlichen Verfahren act. III.4). Festzustellen sei, dass die Passivlegitimation der Beklagten bzw. Berufungsklägerin von derselben nie in Frage gestellt worden sei. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass das Hotel X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ im Unfallzeitpunkt von der Beklagten selber betrieben worden sei. Die Passivlegitimation sei somit gegeben (vgl. E. 3.b des angefochtenen Entscheids).

bb) Das Bezirksgericht Plessur hat folglich die Passivlegitimation gestützt auf die Vorbringen der Parteien – d.h. auf Vorbringen der Berufungsbeklagten, da die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren weder eine Klageantwort einreichte noch an der Hauptverhandlung teilnahm – geprüft. Im Lichte des vorste-

Seite 13 — 22 hend in Erwägung 3.a Ausgeführten ist das Vorgehen des Bezirksgerichts Plessur nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hätte insbesondere nicht auch noch den Handelsregisterauszug über C.\_\_\_\_\_ (vgl. act. B.6) oder den Mietvertrag zwischen der Berufungsklägerin und C.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2002 (act. B.3) beiziehen können oder müssen, da die Vorinstanz von diesen Dokumenten keine Kenntnis hatte und auch nicht haben konnte. Weder der Name C.\_\_\_\_\_ noch das Mietverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und C.\_\_\_\_\_ wurde im vorinstanzlichen Verfahren erwähnt. Wenn die Vorinstanz, gestützt auf den Handelsregisterauszug über die Berufungsklägerin (vgl. klägerische Beilage im vorinstanzlichen Verfahren act. III.3) zum Schluss kommt, diese könne gemäss Zweckumschreibung ("Erstellung, Erwerb, Betrieb, Verpachtung von Hotels und anderen touristischen Einrichtungen, insbesondere des Hotels X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_") und mangels anderslautenden Angaben seitens der Berufungsklägerin als Betreiberin des Hotels X.\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ betrachtet werden, so ist diese Schlussfolgerung nicht zu beanstanden. Auch die Buchungsbestätigung vom 8. Januar 2013 (vgl. klägerische Beilage im vorinstanzlichen Verfahren act. III.4) stand diesem Ergebnis nicht entgegen. Auf dem Briefkopf erscheint die Adresse des Hotels X.\_\_\_\_\_ an der \_\_\_\_\_strasse in O.1\_\_\_\_\_, welche sich von der Adresse der Berufungsklägerin, Adresse.1\_\_\_\_\_ in O.1\_\_\_\_\_ unterscheidet. Daraus lässt sich aber nicht auf einen von der Berufungsklägerin verschiedenen, anderen Betreiber des Hotels schliessen. Hinzu kommt,

dass am 29. August 2014 der damaligen Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten die Berufungsklägerin vorprozessual anschrieb und Ansprüche geltend machte. Dieses Schreiben wurde von der Berufungsklägerin entgegengenommen, blieb aber ebenso wie nachfolgende telefonische Kontaktversuche und ein Faxschreiben vom 12. Februar 2014 unbeantwortet. Namentlich erfolgte kein Hinweis darauf, dass die X.\_\_\_\_AG nicht Betreiberin des Hotelbetriebs sei (vgl. dazu auch nachfolgend E. 3.c.bb). c) aa) Wie bereits erläutert, hat die Berufungsklägerin am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen, d.h. sie hat keine Klageantwort eingereicht, an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen und entsprechend keine Einwendungen gemacht. Aufgrund dessen hat die Vorinstanz gestützt auf die Vorbringen der Berufungsbeklagten festgestellt und entschieden, die Passivlegitimation der Berufungsklägerin sei unbestritten geblieben. Dieses Vorgehen erweist sich aufgrund der nachfolgenden Erwägungen ebenfalls als rechtmässig. bb) Mit Schreiben vom 29. Januar 2014 machte die Berufungsbeklagte erstmals ihre Genugtuungsforderung gegenüber der Berufungsklägerin geltend. Diese eingeschriebene Postsendung wurde gemäss Zustellnachweis von der Berufungsklä-

Seite 14 — 22 gerin bzw. von der Empfangsperson B.\_\_\_\_ am 6. Februar 2014 am Postschalter abgeholt (vgl. vorinstanzliche Akten, act. II.3). Soweit sich der Hinweis in der Stellungnahme vom 10. März 2015, wonach Einschreibbriefe vom 88-jährigen und "nicht mehr fähigen" Vater B.\_\_\_\_ entgegengenommen worden seien, auch auf dieses Schreiben bezieht, ist der Einwand verspätet, aber ohnehin unbehelflich. B.\_\_\_\_ war zu jenem Zeitpunkt als Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift im Handelsregisterauszug der Berufungsklägerin eingetragen (vgl. vorinstanzliche Akten, act. III.3). Er war somit zweifellos befugt, für die Berufungsklägerin rechtsgültig Post entgegenzunehmen. Wie sich aus den Akten ergibt, hat die Berufungsklägerin weder auf dieses Schreiben noch auf Telefonanrufe und Faxnachrichten der Berufungsbeklagten an der Adresse des Hotels X.\_\_\_\_ reagiert (vgl. vorinstanzliche Akten, act. II.3). In der Folge meldete die Berufungsbeklagte am 13. Februar 2014 beim Vermittleramt Plessur eine Klage zur Schlichtung an. Die Berufungsklägerin nahm an der daraufhin angesetzten Schlichtungsverhandlung nicht teil. Mit Einschreiben vom 15. Juli 2014 versuchte das Bezirksgericht Plessur der Berufungsklägerin die Klage zuzustellen und diese zur Stellungnahme aufzufordern. Das an die X.\_\_\_\_AG, Adresse.1\_\_\_\_, adressierte Schreiben (Adresse der Firma gemäss Handelsregisterauszug) wurde dem Bezirksgericht Plessur am 25. Juli 2014 als nicht abgeholt retourniert (vgl. vorinstanzliche Akten, act. V.4). Mit Einschreiben vom 25. Juli 2014 an die AG Hotel X.\_\_\_\_, c/o A.\_\_\_\_, Adresse.2\_\_\_\_ (gemäss Handelsregisterauszug über die Berufungsklägerin ist A.\_\_\_\_ deren Verwaltungsratspräsident und seine Adresse in O.4\_\_\_\_ wird im Handelsregisterauszug als "weitere Adresse" angegeben, vgl. vorinstanzliche Akten act. III.3) versuchte das Bezirksgericht Plessur die Zustellung zu wiederholen. Auch dieses Schreiben wurde der Vorinstanz am 8. August 2014 als nicht abgeholt retourniert (vgl. vorinstanzliche Akten, act. V.3). Schliesslich erfolgte die Zustellung Klage mittels öffentlicher Publikation im Amtsblatt des Kantons Graubünden Nr. 33 vom 14. August 2014. Darin wurde der Berufungsklägerin abermals aufgefordert eine Klageantwort einzureichen (vgl. vorinstanzliche Akten, act. V.6). Nachdem die Berufungsklägerin innert Frist nicht reagierte, publizierte das Bezirksgericht Plessur die Vorladung zur Hauptverhandlung im Amtsblatt des Kantons Graubünden Nr. 38 vom 18. September 2014. Dabei wies es darauf hin, dass das Gericht bei Säumnis einer Partei die Eingaben, die nach Massgabe der ZPO eingereicht worden seien, berücksichtigen würde. Im Übrigen könne es seinem Entscheid

unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO (Beweiserhebung von Amtes wegen) die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen (Art. 234 Abs. 1 ZPO; vgl. vorinstanzliche Akten, act. V.10). In der Folge fand die Hauptverhandlung statt, an welcher die Berufungsklägerin nicht teilnahm. Der Entscheid

Seite 15 — 22 vom 5. November 2014, mitgeteilt am 23. Dezember 2014, des Bezirksgerichts Plessur wurde der Berufungsklägerin, Adresse.1\_\_\_\_\_, O.1\_\_\_\_\_ am 30. Dezember 2014 zugestellt bzw. durch A.\_\_\_\_\_ abgeholt (vgl. vorinstanzliche Akten, act. V.11). cc) Dieses Vorgehen des Bezirksgerichts Plessur wird von der Berufungsklägerin zu Recht nicht beanstandet. Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Die Zustellung gilt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt wird, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Im vorliegenden Fall hat die Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 29. Januar 2014 erstmals ihre Genugtuungsforderung gegenüber der Berufungsklägerin geltend gemacht. Diese eingeschriebene Postsendung wurde gemäss Zustellnachweis von der Berufungsklägerin bzw. von der Empfangsperson B.\_\_\_\_\_ am 6. Februar 2014 am Postschalter abgeholt (vgl. vorinstanzliche Akten, act. II.3). Es ergibt sich aus den dem Gericht vorliegenden Akten nicht, ob der Berufungsklägerin die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung vom 27. März 2014 ordentlich per Einschreiben zugestellt werden konnte bzw. ob diese die Vorladung abgeholt hat. Bekannt ist einzig, dass die Berufungsklägerin an dieser Schlichtungsverhandlung nicht teilgenommen hat. Allein aufgrund des Schreibens vom 29. Januar 2014 musste die Berufungsklägerin noch nicht mit der Einleitung eines Gerichtsverfahrens hinsichtlich der Genugtuungsforderung rechnen. Das Bezirksgericht Plessur hat folglich zu Recht nicht auf die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO abgestellt. Der Empfänger einer eingeschriebenen Postsendung muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einer Zustellung rechnen, sofern er an einem Verfahren beteiligt ist, also ein Prozessrechtsverhältnis besteht. Ein solches entsteht mit der Rechtshängigkeit (vgl. Art. 62 ZPO) und verpflichtet die Parteien u.a. dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Ist dem Adressaten das Prozessrechtsverhältnis noch nicht bekannt, so greift die Zustellfiktion nicht, weil der Adressat in diesem Fall in der Regel noch nicht mit der Zustellung eines behördlichen Aktes rechnen musste. Somit stand dem Bezirksgericht Plessur als ultima ratio die Zustellung der Klageschrift mittels öffentlicher Bekanntmachung zur Verfügung. Gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsblatt, wenn eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umständen verbunden wäre. Unter diese Bestimmung ist auch der Fall zu subsu-

Seite 16 — 22 mieren, in welchem ein prozesseinleitendes Schriftstück zuzustellen ist, die betreffende Partei aber eine Zustellung vereitelt, indem sie weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause bzw. am Gesellschaftssitz persönlich angetroffen werden kann. Praxisgemäss genügt dabei im Normalfall ein zweimaliger korrekt erfolgter Zustellversuch. Dies jedenfalls dann, wenn es sich um die Zustellung an eine im Handelsregister eingetragene iuristische Person handelt. Eine im Geschäftsverkehr tätige Aktiengesellschaft hat dafür zu sorgen, dass ihr an sie adressierte Postsendungen zugestellt werden können. Sie hat sicherzustellen, dass sie an ihrem Rechtsdomizil erreichbar ist und

an dieser Adresse Post entgegen genommen wird (Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 53 f. zu Art. 138 ZPO und N 19 zu Art. 141 ZPO; Eva-Maria Strobel, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), SHK - Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, Art. 141 N 18; Adrian Tagmann/Florian Zihler, Sitz, Rechtsdomizil und weitere Adresse - Kritik an einem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 27. März 2012, in: REPRAX 2/2012, S. 48 ff., insbes. S. 53; Christian Champeaux, Einige Erläuterungen zur Teilrevision der Handelsregisterverordnung vom 23. September 2011, in: REPRAX 4/2011 S. 16 f.; Urteil 4A\_368/2012 des Bundesgerichts vom 17. Juli 2012; Vernehmlassung zum Vorwurf über die Schweizerische Zivilprozessordnung, S. 377 f.). dd) Bei der Zustellung mittels öffentlicher Publikation gilt die Zustellung am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Das dem Publikationsorgan aufgedruckte Erscheinungsdatum begründet die unwiderlegbare Vermutung, dass die Bekanntgabe an diesem Tage stattgefunden habe und in den Bereich der Kenntnisnahme derjenigen Öffentlichkeit gebracht ist, an die sie sich richtet. Unerheblich ist daher auch, ob und wann der Adressat tatsächlich von der Publikation Kenntnis erhalten hat. Die korrekt durchgeführte Publikation löst somit sämtliche Rechtsfolgen aus, die auch eine tatsächliche Zustellung bewirken würde (vgl. Lukas Huber, a.a.O., N 24 ff. zu Art. 141 ZPO). Da die Berufungsklägerin trotz Zustellung der Klageschrift und Vorladung zur Hauptverhandlung per öffentlicher Publikation weder eine Klageantwort eingereicht hat, noch an der Hauptverhandlung teilgenommen hat, sind ihr diese Versäumnisse anzurechnen, weshalb die Darstellung der Berufungsbeklagten als unbestritten gilt und das Bezirksgericht Plessur gemäss Art. 234 Abs. 1 ZPO seinen Entscheid zu Recht gestützt auf die Akten und die Vorbringen der Berufungsbeklagten gefällt hat. ee) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der von der Berufungsklägerin vorgebrachte Hinweis auf Art. 223 ZPO, wonach das Gericht bei versäumter Kla-

Seite 17 — 22 geantwortet der beklagten Partei eine kurze Nachfrist ansetzt und bei unbenutzter Frist einen Endentscheid treffen kann. Zunächst erfolgt der Einwand erstmals im Rahmen der Stellungnahme zur Kostennote der Berufungsbeklagten und nicht bereits mit der Berufung. Er ist somit verspätet. Sodann hat die Vorinstanz entgegen der in Abs. 2 von Art. 223 ZPO angedrohten Säumnisfolgen nicht einfach aufgrund der Behauptungen der klägerischen Partei entschieden, sondern eine Hauptverhandlung angesetzt, anlässlich derer die Beklagte nochmals Gelegenheit gehabt hätte, ihren Standpunkt darzulegen und Beweise vorzulegen (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO). Damit hatte sie Gelegenheit, ihren Standpunkt darzulegen und ihr Einwand ist nicht zu hören. d) aa) Soweit sich die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift vom 31. Januar 2015 (vgl. act. A.1) an das Kantonsgericht von Graubünden erstmals zum Sachverhalt äussert und neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel einbringt, sind diese verspätet und nicht zu hören. Wie bereits erläutert, werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Einwendungen rechtlicher Art – Rechtsfragen werden gemäss Art. 57 ZPO von Amtes wegen geprüft – können im Gegensatz zu Einwendungen tatsächlicher Art jederzeit, also auch zweitinstanzlich erhoben werden. bb) Bei der erstmals im vorliegenden Verfahren eingebrachten Einwendungen der Berufungsklägerin, sie habe nichts mit dem Betrieb des Hotels zu tun, sei lediglich Eigentümerin des Hotels und habe dieses an C. \_\_\_\_\_ vermietet, handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen, welche sich

auf im vorliegenden Ver- fahren erstmals eingereichte Beweismittel (Mietvertrag zwischen der Berufungs- klägerin und C.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2002, act. B.3 und Internet-Auszug aus dem Handelsregister Graubünden vom 31. Januar 2015 über C.\_\_\_\_\_, act. B.6) stützen. Die Geltendmachung dieser Tatsachen und Einreichung der entspre- chenden Beweismittel wäre bereits vor der ersten Instanz bei Anwendung der zu- mutbaren Sorgfalt ohne weiteres möglich gewesen. Die Berufungsklägerin liess sich, wie vorstehend bereits erläutert, im vorinstanzlichen Verfahren unentschul- digt weder schriftlich noch mündlich vernehmen. Zudem haben die neu eingereich- ten Beweismittel (Mietvertrag zwischen der Berufungsklägerin und C.\_\_\_\_\_ vom 26. September 2002, act. B.3 und Internet-Auszug aus dem Handelsregister Graubünden vom 31. Januar 2015 über C.\_\_\_\_\_, act. B.6) schon im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens vorgelegen. Diese hätte die Berufungsklägerin bereits vor Bezirksgericht vorbringen und belegen müssen. Ebenso unbeachtlich sind die

Seite 18 — 22 neuen Einwendungen in der Sache selbst, welche die Berufungsklägerin erst mit ihren Bemerkungen zur Kostennote von Rechtsanwältin Ritzmann vom 10. März 2015 (vgl. act. A.3) vorgebracht hat. Diese hätten aus den dargelegten Gründen ebenfalls bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden müssen. Im Übrigen erweisen diese Vorbringen auch in Bezug auf das Verfahrensstadium des vorliegenden Berufungsverfahrens (die Vorbringen wurden nicht mit der Beru- fungsschrift sondern nach Abschluss des Schriftenwechsels im Rahmen der Be- merkungen zur Kostennote der Gegenanwältin erstmals aufgeworfen) als verspätet. Dies hat zur Folge, dass die mit der Berufungsschrift vorgebrachte Einwendung der fehlenden Passivlegitimation gestützt auf die vor Vorinstanz bestehende Ak- tenlage zu beurteilen ist. Aufgrund dieser Akten erweist sich der vorinstanzliche Entscheid indessen als korrekt. Die Passivlegitimation wurde zu Recht bejaht. 4. Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Berufungsklä- gerin unentschuldigterweise weder eine Klageantwort eingereicht hat, noch an der Hauptverhandlung teilgenommen hat. Somit galt die Darstellung der Berufungsbe- klagten im vorinstanzlichen Verfahren als unbestritten, weshalb das Bezirksgericht Plessur seinen Entscheid zu Recht gestützt auf die Akten und die Vorbringen der Berufungsbeklagten fällte und die Passivlegitimation der Berufungsklägerin bejah- te. Soweit sich die Berufungsklägerin nun in ihrer Berufungsschrift an das Kan- tonsgericht von Graubünden erstmals zum Sachverhalt äussert und entsprechend neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel einbringt, sind diese gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO verspätet und somit nicht zu hören. Die Berufung ist demnach abzuweisen. 5. Bei diesem Ausgang gehen die sich aus den Gerichtskosten und einer Par- teientschädigung zusammensetzenden Kosten des Berufungsverfahrens zu Las- ten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). a) Die Gerichtskosten werden von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen für Berufungsent- scheidungen (Art. 96 ZPO; Art. 9 der kantonalen Verordnung über die Gerichtsge- bühren in Zivilverfahren [VGZ; BR 320.210]) erscheint vorliegend eine Gerichtsge- bühr in der Höhe von CHF 4'000.00 als angemessen. Diese wird mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 4'000.00 ver- rechnet. b) Die Parteientschädigung legt das Gericht nach den von den Kantonen fest- gesetzten Tarifen fest (Art. 96 und 105 Abs. 2 ZPO). Im Kanton Graubünden ist

Seite 19 — 22 die Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte massgebend (Honorarverordnung, HV; BR 310.250). Die Parteien

können eine Kostennote einreichen. Im vorliegenden Fall hat die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten dem Kantonsgericht von Graubünden am 4. März 2015 eine detaillierte Kostennote in der Höhe von CHF 10'140.60 eingereicht (vgl. act. D.4). Das in Rechnung gestellte Honorar setzt sich zusammen aus einem zeitlichen Aufwand von 26.55 Stunden sowie Auslagen in der Höhe von CHF 268.10 (pauschal 2.5 % der Honorarsumme nach Zeitaufwand). Daraus resultiert ein Stundenansatz von rund CHF 370.00. aa) Gemäss Art. 2 HV setzt die urteilende Instanz die Parteientschädigung nach Ermessen fest. Sie geht vom Betrag aus, der der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, soweit der vereinbarte Stundenansatz zuzüglich allfällig vereinbartem Interessenwertzuschlag üblich ist und keine Erfolgsszuschläge enthält, der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich ist sowie die geforderte Entschädigung nicht eine von der Sache her nicht gerechtfertigte Belastung der unterliegenden Partei zur Folge hat. Gemäss Art. 3 Abs. 1 HV gilt im Kanton Graubünden ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 als üblich. Soweit die Parteien, wie vorliegend, keine Honorarvereinbarung einreichen, wird praxisgemäss bei der Festlegung der Parteientschädigung von einem mittleren Stundenansatz von CHF 240.00 ausgegangen (vgl. Art. 4 HV; Urteil der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 8. Mai 2014, ZK2 13 48, E. 2.b m.w.Hinw.). Der von der Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten geltend gemachte Stundenansatz ist entsprechend auf CHF 240.00 zu kürzen. bb) Die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten hat sodann ihren zeitlichen Aufwand für die angefallenen Tätigkeiten detailliert angegeben. Die Höhe des zu entschädigenden Aufwands ist nach dem Umfang der notwendigen und tatsächlich geleisteten Arbeit sowie nach dem Mass der unumgänglichen Umtriebe und nach der objektiven Bedeutung der Streitsache zu bemessen (vgl. dazu etwa PKG 2005 Nr. 5). Von Bedeutung sind namentlich auch der Umfang und die Komplexität der sich dabei stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie die eingereichten Rechtsschriften bzw. deren Umfang und Tiefe (vgl. dazu etwa auch Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 13 15 vom 11. Dezember 2013, E. 8b). Die Berufungsklägerin macht in ihren Bemerkungen zur Kostennote von Rechtsanwältin Ritzmann vom 10. März 2015 (vgl. act. A.3) u.a. geltend, die Kostennote sei stark übertrieben. Schliesslich gehe es nach den Ausführungen der Rechtsvertreterin um eine anscheinend aus ihrer Sicht einfache Frage der Passivlegitimation,

Seite 20 — 22 also eine reine Rechtsfrage. Wenn man nun ihre Kostennote über CHF 10'140.60 mit dem Aufwand der ursprünglichen Klage vergleiche, welche durch das Bezirksgericht mit CHF 6000.- festgelegt worden sei, so erscheine diese fast unseriös. Insgesamt erscheint der mit der eingereichten Honorarnote geltend gemachte Aufwand von total 26.55 Stunden im Vergleich zu anderen, hinsichtlich der Schwierigkeit der Streitsache ähnlich gelagerten Fällen tatsächlich zu hoch. Dabei ist zunächst festzustellen, dass der Aufwand der Rechtsvertreterin für ihre Tätigkeiten vom 6. November 2014 bis 16. Januar 2015 das vorinstanzliche Verfahren vor dem Bezirksgericht Plessur betraf. Für diese Zeitspanne werden insbesondere Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Berichtigungsbegehren betreffend Genugtuungszins und mit der Zustellungsform gerichtlicher Urkunden ausgewiesen. Auf Seite 3 der Honorarnote erscheint erstmals ein Eintrag vom 20. Januar 2015, der sich auf das Thema der Passivlegitimation (und somit ein für das vorliegende Berufungsverfahren relevantes Thema) bezieht. Die Rechtsvertreterin macht in diesem Zusammenhang einen Aufwand von 3 Stunden geltend, u.a. für rechtliche Abklärungen betreffend Geltendmachung der fehlenden Passivlegitimation vor zweiter

Instand. Am 28. Januar 2015 werden zwei Positionen ausgewiesen, die sich mit dem Berufungsentwurf der Gegenseite befassen und insgesamt 1.1 Stunden in Anspruch nehmen. Danach wird für den 29. Januar 2015 ein Telefonat mit dem Klienten für die Dauer von 0.4 Stunden veranschlagt. Schliesslich finden sich acht Positionen zwischen dem 17. Februar 2015 und dem 2. März 2015, welche die Ausarbeitung der Berufungsantwort betreffen, wobei für diese Arbeiten insgesamt rund 13 Stunden in Rechnung gestellt werden. Der Berufungsklägerin ist beizupflichten, wenn sie geltend macht, der vorliegend geltend gemachte Aufwand sei in Anbetracht dessen, dass sich vorliegend einzig die Frage der Passivlegitimation stelle, nicht nachvollziehbar. In diesem Sinne rechtfertigt es sich, den Zeitaufwand für die Ausarbeitung der Berufungsantwort auf 8 Stunden zu kürzen. Es ist somit von einem aufgrund der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen angemessenen zeitlichen Aufwand von insgesamt 12.5 Stunden auszugehen, was bei einem Stundenansatz von CHF 240.00 ein Honorar von CHF 3'000.00 ergibt. Dazu kommen die geltend gemachten Auslagen von pauschal 2.5 % des Honorars, also CHF 75.00. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagte somit eine ausseramtliche Entschädigung von total CHF 3'075.00 zu bezahlen.

Seite 21 — 22

Seite 22 — 22 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.