



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

---

Ref.:  
ZB03 11

Chur, 25. Juni 2003

Schriftlich mitgeteilt am:

(Eine gegen diese Entscheidung erhobene Berufung wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 4. November 2003 abgewiesen.)

## **Urteil**

### **Kantonsgerichtsausschuss**

Präsident Brunner, Kantonsrichterinnen Riesen-Bienz und Tomaschett-Murer,  
Aktuar Conrad.

---

In der zivilrechtlichen Beschwerde

des Dr. S., Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

den Entscheid des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 13. März 2003, mitgeteilt  
am 18. März 2003, in Sachen des Klägers und Beschwerdeführers gegen die X.  
Versicherungs-Gesellschaft, Beklagte und Beschwerdegegnerin, ver-  
treten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Eugen Mätzler, Poststrasse 23, 9001 St. Gallen,

betreffend örtliche Zuständigkeit,

hat sich ergeben:

A. S., R., vermietete vom 7. Dezember 1997 bis 30. November 1998 seine **2-Zimmerwohnung** in D. an B., L., welcher bei der X. Versicherungs-Gesellschaft eine Privathaftpflicht-Versicherung abgeschlossen hatte. Nach dem Auszug des Mieters befand sich das Mietobjekt in einem derart desolaten Zustand, dass es umfassend saniert werden musste und erst vier Monate später **weitervermietet** werden konnte. Die in der Folge vom Vermieter angegangene Haftpflichtversicherung stellte sich vorab auf den Standpunkt, solange ihr der Versicherungsnehmer keine Schadensmeldung erstattet habe, könne sie nicht handeln. Sodann bestehe kein direktes Forderungsklagerecht des geschädigten Dritten ihr gegenüber und sie behalte sich die Deckungseinreden aus dem **Versicherungsvertrag** vor. In der Folge erstritt S. vor dem Bezirksgericht Prättigau/Davos (vormals Oberlandquart) gegen den sich am Verfahren nicht beteiligenden B. am 19. Dezember 2000 ein Urteil, welches ihm gestützt auf Art. 97, 99 und 267 Abs. 1 OR Fr. 36'002.55 Schadenersatz nebst Zinsen zusprach.

Da von B. nichts erhältlich war, wandte sich S. wiederum an die X. Versicherungs-Gesellschaft, welche ihm schliesslich ohne Anerkennung einer **Rechtspflicht** am 12. April 2002 eine Pauschalentschädigung von Fr. 10'000.– auszahlte.

B. Am 30. Juli 2002 stellte S. beim Kreispräsidenten Davos das **Vermittlungsbegehren** gegen die X. Versicherungs-Gesellschaft. Den Leitschein vom 30. Oktober 2002 prosequierte er mit Klage vom 14. November 2002 an das Bezirksgericht Prättigau/Davos. Sein Hauptbegehren entsprach dem, was ihm gemäss Urteilsdispositiv des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 19. Dezember 2000 gegen B. zugesprochen wurde, unter Abzug der Akontozahlung von Fr. 10'000.–. Zum Klagefundament führte er aus, Grundlage bilde das Urteil des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 19. Dezember 2000 in Sachen S. gegen B. betreffend Mietvertrag, wobei es nunmehr um die Prosequierung seines gesetzlichen Forderungspfandrechts gemäss Art. 60 Versicherungsvertragsgesetz (WG) gehe.

Mit Prozessantwort vom 9. Januar 2003 liess die X. Versicherungs-Gesellschaft die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erheben, worauf der Bezirksgerichtspräsident mit Verfügungen vom 31. Januar 2003/19. Februar 2003 den Verhandlungsgegenstand im Sinne von Art. 93 ZPO auf diese Frage beschränkte.

Mit Entscheid vom 13. März 2003 trat das Bezirksgericht **Prättigau/Davos** mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Klage von S. nicht ein.

C. Gegen den am 18. März 2003 mitgeteilten Nichteintretensentscheid führt S. mit Eingabe vom 28. April 2003, der Post übergeben am 30. April 2003, Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss. Er beantragt, es sei der Entscheidung des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 13. März 2003 unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage einzutreten.

Die beklagte X. Versicherungs-Gesellschaft schliesst auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers.

Unter Hinweis auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verzichtete das Bezirksgericht **Prättigau/Davos** auf eine eigentliche Vernehmlassung.

Auf die Begründungen der Beschwerdeanträge und die Erwägungen im angefochtenen Entscheid ist, soweit sachdienlich, nachfolgend einzugehen.

#### **Der Kantonsgerichtsausschuss zieht in Erwägung :**

1.a. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit ist eine von Amtes wegen zu prüfende Sachurteilsvoraussetzung. Entsprechende selbständige **Eintretensentscheide** im Sinne von Art. 93 Abs. 1 ZPO unterliegen - unbesehen ihres **Entscheidungsinhalts** beziehungsweise der Frage der Prozesserledigung (Bejahung oder Verneinung der Zuständigkeit) - **gemäss Art. 232 Ziff. 1/Art. 93 Abs. 2 ZPO** der zivilrechtlichen Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss.

b. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Rechtzeitigkeit der Beschwerde. Nach Art. 233 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids und der dem Beschwerdeführer schon erstatteten Beweisurkunden innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der Mitteilung des angefochtenen Entscheids beim Kantonsgerichtspräsidenten einzureichen. Fristauslösend wirkt nicht die am 18. März 2003 erfolgte Mitteilung der Entscheidung durch das Bezirksgericht (act. 06.1.1.9), sondern die nachweislich am 28. März 2003 erfolgte Kenntnisnahme durch den Beschwerdeführer (act. 01.2) oder allenfalls der Zeitablauf nach einer zivilprozessualen Zustellungsfiktion. Die eingeschriebene Briefpostsendung konnte S. offenbar nicht auf Anhieb zugestellt werden. Wird der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so

gilt nach gefestigter Rechtsprechung die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (BGE 127 I 31 E. 2a.aa, 123 III 492 E. 1 S. 493; 119 V 89 E. 4b S. 94). Die 7-tägige Frist war früher in Art. 169 Abs. 1 lit. d und e der Verordnung 1 vom 1. September 1967 zum Postverkehrsgesetz vorgesehen, welche mit Art. 13 lit. a der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (VPG, SR 783.01) aufgehoben worden ist. Sie ist nunmehr als Grundsatz, von welchem - im Verhältnis zwischen Post und Kunde - abweichende Abmachungen zulässig sind, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt. Sie bleibt nach der Rechtsprechung auf die Frage, wann eine Sendung als zugestellt gilt, anwendbar (BGE 127 I 31 E. 2.a.aa). Die Zustellfiktion betrifft nicht die durch die genannte Frist geregelte (postalische) Frage, wie lange eine Sendung bei der Post abgeholt werden kann, sondern orientiert sich bloss an dieser Regel, um die andere (zivilprozessuale) Frage der Fristauslösung nach einem klaren, einfachen und vor allem einheitlichen Kriterium zu beantworten. Die Frist bis zum Eintreten der Zustellfiktion wird nicht verlängert, falls ein Abholen nach den anwendbaren Bestimmungen der Post oder zufolge von individuellen Abmachungen mit ihr (Zurückbehaltungsauftrag) oder wegen eines Irrtums der Post auch noch länger möglich ist. Es ist nicht überspitzt formalistisch, die zivilprozessuale Zustellfiktion - unabhängig von der konkreten durch die Post gewährten Abholfrist - stets sieben Tage nach dem erfolglosen Zustellversuch eintreten zu lassen. Dies muss auch dann gelten, wenn der letzte Tag der siebentägigen Frist auf einen Samstag oder einen anerkannten Feiertag fällt. Am siebten Tag endet normalerweise die Abholfrist; auf Grund der Zustellfiktion markiert dieser Tag zugleich den Beginn der Rechtsmittelfrist; für deren Berechnung schliesslich spielt es keine Rolle, ob sie an einem Werktag oder an einem Samstag beziehungsweise einem anerkannten Feiertag beginnt (BGE 127 I 31 E. 2b). Dass die Zustellfiktion stets 7 Tage nach dem erfolglosen Zustellversuch eintritt, gilt nicht absolut. Bei einem nicht allzu grossen Auseinanderklaffen des Datums der Zustellfiktion einerseits und des letzten Tages der von der Post angesetzten Abholfrist andererseits ist denkbar, dass beim Adressaten schützenswertes Vertrauen in ein späteres Datum der Zustellfiktion entstehen kann (BGE 127 I 31 E. 3b.bb).

Zwischen dem Versand in D. und der tatsächlichen Entgegennahme in R. vergingen 10 Tage. Dass vorliegend die Post dem Beschwerdeführer von Anfang an eine längere Frist als 7 Tage gesetzt hat, oder nachgehend eine Verlängerung

einer ersten Abholfrist zugestanden hat, ist weder behauptet, noch ergeben sich sonst Anzeichen dafür. Wann die Post dem Beschwerdeführer die 7-tägige Frist zur Abholung angesetzt hat beziehungsweise wann diese endete, ist nicht aktenkundig. Aufgrund der Umstände, dass zwischen Versand und Abholung nur wenig mehr als 7 Tage vergingen, und die Post dem Empfänger die Sendung am 28. März 2003 tatsächlich ausgehändigt hat, lässt die Annahme zu, dass die Abholung innert der 7-tägigen Abholfrist erfolgt ist, ansonsten die eingeschriebene Sendung an das Bezirksgericht zurückgegangen wäre. Bei dieser Betrachtungsweise war der 29. März 2003 der erste Tag und zufolge der Ostergerichtsferien (Art. 62 Abs. 1 ZPO) der 02. Mai 2003 der letzte Tag der Beschwerdefrist. Die am 30. April 2003 der Post übergebende Beschwerde erfolgte mithin innert Frist.

Die Beschwerde wäre indessen selbst dann fristgerecht, wenn die **Zustell-**fiktion auf einen oder zwei Tage früher festzulegen wäre. Die Sendung wurde am 18. März 2003 in D. aufgegeben, weshalb der Zustellversuch in R. theoretisch frühestens am 19. März 2003 stattgefunden haben konnte. Der 19. März 2003 (St. Josef) war im Kanton Schwyz ein öffentlicher Feiertag (§ 2 der Verordnung über die öffentlichen Ruhetage vom 21. November 2001; SHSZ 545.110), welcher arbeitsrechtlich einem Sonntag gleichgestellt ist. An diesem staatlich anerkannten oder ortsüblichen Feiertag werden am Erfüllungsort in R. von der Post keine Sendungen ausgeliefert (Ziff. 2.3.3 der AGB der Post für Postdienstleistungen). Die eingeschriebene Briefpostsendung wurde folglich frühestens am 20. März ausgebracht, so dass der erste Tag der 7-tägigen Abholfrist frühestens auf den 21. März 2003 fallen konnte, denn solange der Postbote unterwegs ist, kann die Sendung nicht auf dem Postamt abgeholt werden. Nach Ablauf der 7 Tage kann die fiktive Zustellung somit frühestens auf den 27. März 2003 fallen, womit die **Rechtsmittel-**frist frühestens am 28. März 2003 zu laufen begann und am 01. Mai 2003 endete. Auch bei dieser Betrachtungsweise ist die am 30. April 2003 der Post übergebende Beschwerde demzufolge fristgerecht.

Auf die im übrigen formgerecht eingelegte, einen Antrag und eine Begründung enthaltende Beschwerde von S. ist daher einzutreten.

c. Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, die Stellungnahme der Gegenpartei vom 11. März 2003 zur Frage der örtlichen Zuständigkeit sei ihm erst am Vorabend der Gerichtsverhandlung vom 13. März 2003 zur Kenntnis gelangt. Er sei dadurch überrumpelt worden. Die Weigerung der Vorinstanz, ihm eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen, verletze seinen Anspruch auf **recht-**

liches Gehör. Dass der Beschwerdeführer einen förmlichen Antrag auf Vertagung der Verhandlung und Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels gestellt hätte, ist nicht aktenkundig (act. 06.1.1.8). Von den Möglichkeiten gemäss Art. 115 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 4 und 5 ZPO hat er keinen Gebrauch gemacht. Dass das Verhandlungsprotokoll inhaltlich unrichtig sei, macht er nicht substantiiert geltend. Schliesslich ist nicht ersichtlich, dass der Kläger durch völlig neue Vorbringen in der letzten Rechtsschrift der Beklagten in der vollständigen Darlegung seiner Rechtsposition behindert worden sein soll. Der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 14. Februar 2003 mit der örtlichen Zuständigkeit gestützt auf Art. 23 und Art. 5 GestG argumentiert und sich dabei im wesentlichen auf Stellen im Kommentar Müller/Wirth (Hrsg.) zum Gerichtsstandsgesetz abgestützt. Die Beklagte hat sich in ihrer Stellungnahme auf eine Antwort im engen Sinne beschränkt, unter Hinweisen auf den gleichen Kommentar. Neue Beweise und Tatsachenbehauptungen, die sich nicht schon aus den Akten ergeben, hat sie nicht vorgetragen. Unter diesen Umständen bestand für die Vorinstanz keine Veranlassung, dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zu einer schriftlichen Entgegnung einzuräumen.

2. In der Sache selbst macht der Beschwerdeführer geltend, örtlich zuständig für Klagen aus Miete sei gemäss Art. 23 GestG der Richter am Ort der gelegenen Sache. Dieser Gerichtsstand komme auch vorliegend zum Zug, weil die materielle Grundlage in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit im Prozess gegen die X. Versicherungs-Gesellschaft identisch sei mit derjenigen, wie sie im Prozess zwischen dem Beschwerdeführer und seinem ehemaligen Mieter B. bestanden habe. Bei der Schadenersatzforderung gegen B. habe es sich um eine typische Streitigkeit aus Miete gehandelt, und im Umfang des zugesprochenen Schadenersatzes habe der Beschwerdeführer als geschädigter Dritter das gesetzliche Pfandrecht gemäss Art. 60 W G am Deckungsanspruch B.s aus dessen Haftpflichtversicherungsvertrag mit der X. Versicherungs-Gesellschaft.

Eventualiter beruft sich der Beschwerdeführer auf den Wahlgerichtsstand der Zweigniederlassung gemäss Art. 5 GestG.

a. Gemäss Art. 23 Abs. 1 GestG sind für Klagen aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen die Schlichtungsbehörde und das Gericht am Ort der Sache zuständig. Die Berufung auf den Gerichtsstand am Ort der Mietsache geht hier indessen fehl. Massgebend für den Gerichtsstand ist der rechtliche Klagegrund. Klagen, die sich nicht zumindest teilweise auf einen Mietvertrag im Sinne von Art. 253 ff. OR stützen, fallen nicht unter Art. 23 GestG (Balz Gross, Kom-

mentar GestG, Zürich 2001, N 60 zu Art. 23). Zur Unterstellung unter Art. 23 GestG genügt namentlich nicht, dass die Klage einen irgendwie gearteten anderen Kausalzusammenhang zu einem Mietverhältnis hat (Noelle Kaiser Job, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001, N 21 zu Art. 23, mit Hinweisen). Nach weitergehender Auffassung soll Art. 23 GestG bereits dann Anwendung finden, wenn zwischen Kläger und Beklagtem lediglich ein "mietrechtlicher Tatbestand" vorliegt, beziehungsweise eine Klage, die in einem engen Zusammenhang mit einem Mietvertrag steht und gleichzeitig ein Rechtsverhältnis betrifft, das mindestens teilweise durch Art. 253 ff. OR geregelt wird (Marianne Hristic, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandsgesetzes, Diss. Zürich 2002, S. 108). Auch diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Der Gerichtsstand von Art. 23 Abs. 1 GestG bezweckt den Schutz des Mieters als der schwächeren Partei und die besseren Abklärungsmöglichkeiten des Sachverhalts durch die Nähe des Gerichts. Einen zu schützenden Mieter gibt es vorliegend nicht und ortsabhängige Mietsachverhalte sind nicht abzuklären (vgl. Gross, a.a.O., N 73 zu Art. 23, betreffend Bürgen und Garanten von Mietern). Der Klagegegenstand (Anspruch) gegen die X. Versicherungs-Gesellschaft ist nicht ein Schadenersatzanspruch aus Miete, sondern ein Deckungsanspruch aus Versicherungsvertrag. Daran ändert nichts, dass die den Versicherungsanspruch auslösende Haftpflicht des Schädigers im Verhältnis zum Dritten zufälligerweise aus Miete herrührt. Die Argumentation des Beschwerdeführers, einerseits seien die materiellen Grundlagen im Prozess des Geschädigten gegen den Schädiger und im Prozess des Geschädigten gegen seinen Versicherer identisch, und andererseits habe der Geschädigte ein gesetzliches Pfandrecht am Deckungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen seinen Haftpflichtversicherer, ist in sich widersprüchlich. Zwischen dem Beschwerdeführer und B. bestand ein Mietvertrag, zwischen B. und der Beschwerdegegnerin ein Versicherungsvertrag. Das Charakteristische am aktuellen Prozess gegen den Versicherer ist nicht die Frage, für welche an der Mietsache verursachten Schäden der Mieter einzustehen hat, sondern jene, ob und inwieweit für den Schaden auf Grund des Versicherungsvertrages des Mieters mit dem Versicherer Deckung besteht. Die Berufung des Versicherers auf Einreden aus dem Versicherungsvertrag und/oder dem Versicherungsgesetz wird durch das Pfandrecht von Art. 60 VVG nicht beeinträchtigt. Das Pfandrecht, auf welches sich der Beschwerdeführer beruft, hat seine Quelle im Versicherungsrecht, und es besteht nur in dem Umfang, wie der Versicherer dem Haftpflichtigen aus dem Versicherungsvertrag Leistung erbringen muss. Welche Deckung der Versicherer zu erbringen hat, beantwortet sich also ausschliesslich aus dem Versicherungsrecht.

Letzteres sieht auch der Beschwerdeführer implizite ein, wenn er sich **darauf** be-ruht, sein gesetzliches Forderungspfandrecht am Deckungsanspruch ergebe sich "aus dem Versicherungsvertrag zwischen B. und seinem Versicherer". Die Frage, ob und in welchem Umfang die beklagte Versicherungsgesellschaft an den geschädigten Dritten leisten dürfe (Art. 60 Abs. 2 VVG) oder müsse, beurteilt sich nach Versicherungsrecht. Die vertraglichen und gesetzlichen Grundlagen für die Haftpflicht eines Versicherungsnehmers gegenüber Dritten können sehr vielfältig sein. Sie sind irrelevant für die Fragen des Gerichtsstandes im Prozess dieses Versicherungsnehmers gegen seine Versicherer, ebenso der Umstand, dass sich beide Prozesse letztlich auf den gleichen tatsächlichen Lebenssachverhalt stützen. Massgebend für den Gerichtsstand ist das Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien. Gleiches muss für den geschädigten Dritten im Prozess gegen den Versicherer gelten. Dem geschädigten Dritten können dabei weder materiell-rechtlich mehr Deckungsrechte noch mehr oder andere Verfahrensrechte zukommen, als sie dem Versicherungsnehmer selbst zustehen (Benoît Carron, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001, N 18 zu Art. 60). Gegenstand einer Haftpflichtversicherung bildet ihrer rechtlichen Natur nach die Belastung des Vermögens des Versicherungsnehmers durch eine Schuld gegenüber einem Dritten. Versichertes Ereignis und damit das Fundament der Klage gegen den Versicherer bildet nicht die dem Dritten zugefügte Schädigung, sondern die Belastung des Vermögens des Versicherungsnehmers, die diesem dadurch entsteht, dass der geschädigte Dritte gestützt auf die Haftung des Versicherungsnehmers Schadenersatzansprüche gegen diesen durchzusetzen vermag (SVA XII, Nr. 71 S. 374 f. E. blc). Die Deckungsfrage ist vollkommen vom Versicherungsrecht beherrscht. Es ist nicht ersichtlich, welcher wichtige lokale Bezug der Prozess gegen den Versicherer zu D. haben soll, denn es spielen Fragen der Quartierüblichkeit, der Vergleichsmiete, des Ortsgebrauchs und dergleichen keine Rolle. Richtig ist vielmehr die anderorts getroffene Feststellung des Beschwerdeführers, um Fachkenntnisse der Schlichtungsbehörde gehe es hier nicht mehr. Diese Feststellung kann hinsichtlich der mietspezifischen Fach- und Ortskenntnisse ohne weiteres auch für das Gerichtsverfahren getroffen werden.

b. Dass der alternative Wahlgerichtsstand der Zweigniederlassung gemäss Art. 5 GestG in D. nicht gegeben ist, hat die Vorinstanz zutreffend erwogen und begründet (angefochtenes Urteil, act. 01.1. S. 9ff. E. 5). Darauf kann vorab verwiesen werden. In der Beschwerde wird nichts vorgebracht, was die Erwägungen der Vorinstanz in Frage zu stellen vermag. Mit dem pauschalen Hinweis auf

den allen alternativen Gerichtsständen innewohnenden sozialen Zweck des erleichterten Gerichtszuganges und der unbelegten Tatsachenbehauptung, das Geschäft der Beklagten mit Haftpflichtversicherungen in D. "boome", ist es nicht getan. Eine Zweigniederlassung im Sinne des Bundesrechts liegt erst dann vor, wenn dieser Betrieb über wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügt; es muss sich um eine Einheit handeln, die so strukturiert ist, dass sie losgelöst von einem Hauptunternehmen selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen könnte (Müller, a.a.O., N 21 zu Art 5). Der Beschwerdeführer führt selbst aus, dass der Angestellte der Geschäftsstelle der Beklagten in D. zu mehr als einer Teilnahme an der Schadensaufnahme nicht kompetent war. Es handelt sich dabei um die Tätigkeit einer Hilfsperson. Der Beschwerdeführer selbst hat nie schriftlich mit der Geschäftsstelle in D. verkehrt (act. 06.1.II.2-7/9/12/14-18). Eine Offerte für die Schadensregulierung musste ihm von der Generalagentur Rheintal (**Buchs/SG**) unterbreitet werden. Von Unabhängigkeit und Selbständigkeit einer beklaglichen Zweigniederlassung in D., welche dortige Entscheidungsbefugnisse in erheblichem Umfang, namentlich bei der Schadensregulierung voraussetzen würden (vgl. Hans Roelli/Max Keller, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, Die allgemeinen Bestimmungen, Bern 1968, S. 597), kann nicht die Rede sein.

c. Grundsätzlich wäre ferner ein besonderer Gerichtsstand in D. mittelbar nach Art. 8 GestG denkbar. Danach kann das kantonale Recht für eine Interventions- und Gewährleistungsklage, insbesondere auf Grund eines Regresses des Beklagten, die Zuständigkeit des Gerichts des Hauptprozesses vorsehen. Es handelt sich dabei allerdings nicht um einen eigenen bundesrechtlichen Gerichtsstand, sondern lediglich um einen echten Vorbehalt zu Gunsten vorbestandener kantonalen Zivilprozessrechts (Peter Reetz, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Hrsg. Spühler/Tenchio/Infanger, Basel 2001, N 3 f. zu Art. 8; Müller, Kommentar GestG, Zürich 2001, N 1 zu Art. 8). Es braucht vorliegend nicht näher geprüft zu werden, ob der behauptete Anspruch des Beschwerdeführers gegen den Versicherer unter den bundesrechtlichen Begriff der Gewährleistungsklage nach Art. 8 GestG fällt, denn nachdem das bündnerische Prozessrecht einen besonderen Gerichtsstand für Interventions- und Gewährleistungsklagen am Ort des Erst- oder Hauptprozesses nicht kennt (Art. 10 ff. ZPO), fehlt bereits die wichtigste Voraussetzung für die Berufung auf diesen besonderen Gerichtsstand (Müller, a.a.O., N 23). Nach Art. 32 ZPO kann das Gericht zwar auch über den Rückgriffsanspruch des Streitverkünders gegenüber dem Eingerufenen entscheiden, jedoch nur, wenn

diese Parteien es beantragen. Die Bestimmung regelt keinen Gerichtsstand, sondern setzt eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen dem Streitverkünder und dem Eingerufenen voraus. Vorliegend wurde die Versicherung nicht in den Prozess gegen den haftpflichtigen Mieter einggerufen, so dass ein übereinstimmender Antrag im Sinne von Art. 32 ZPO nicht vorliegen kann. Die Gewährleistungsklage ist im übrigen nicht mit den Wirkungen der - vorliegend nicht erfolgten - Streitverkündung im Erstprozess zu verwechseln. Will der Streitverkünder auf den Eingerufenen Regress nehmen, braucht es in der Regel einen zweiten Prozess, wobei sich die örtliche Zuständigkeit wohl nach den Bestimmungen des GestG bestimmt, nicht aber nach dessen Art. 8 (Reetz, a.a.O., N 8; Müller, a.a.O., N 12). Dem Begriff der Gewährleistungsklage ist sodann eigen, dass der Gewährleistungsbeklagte in den hängigen Erstprozess hineingezogen wird. Das Forum des Hauptprozesses stünde für eine Gewährleistungsklage nur solange zur Verfügung als der Erstprozess noch hängig wäre (Müller, a.a.O., N 11/13). Die Prozesse finden gleichzeitig statt, wohingegen vorliegend der Schadenersatzprozess gegen B. vor Klageeinleitung gegen den Versicherer rechtskräftig abgeschlossen worden ist.

d. Bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen ist gemäss Art. 22 GestG für Klagen des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig, für Klagen des Anbieters das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei. Als Konsumentenverträge gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Darunter fallen auch Haftpflichtversicherungsverträge (Balz Gross, Kommentar GestG, Zürich 2001, N 170 ff. zu Art. 22; Alexander Brunner, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Hrsg. Spühler/Tenchio/Infanger, Basel 2001, N 16 zu Art. 22; Hristic, a.a.O., S. 95; Gauch/Thürer, Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2002, S. 111; Kuhn/Müller/Eckert, Privatversicherungsrecht, 2. A. Zürich 2002, S. 62; Schnyder/Grolimund, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (WG), Basel 2001, N 22 zu Art. 46a). Selbst wenn man dem geschädigten Dritten als eine Art Begünstigten aus dem Versicherungsvertrag ansehen und ihm die Rechte des Versicherten/Konsumenten zugestehen wollte (vgl. Schnyder/Grolimund, a.a.O., N 22 zu Art. 46a; Gross, a.a.O., N 174 zu Art. 22), liesse sich daraus kein Gerichtsstand in 3. ableiten, denn der Versicherte B. hat seinen Wohnsitz in L., der Kläger in R., und die Beklagte hat ihren Sitz in Basel beziehungsweise ist allenfalls am Ort ihrer die Police ausstellenden Gene-

ralagentur in Bellinzona (act. 06.1.11.13) belongar. Von allen möglichen **Gerichtsständen** gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG befindet sich keiner in D..

3. Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer mit der Rüge, der angefochtene Nichteintretensentscheid sei willkürlich, weil die örtliche Unzuständigkeit des Bezirksgerichts nicht mit einer funktionellen Unzuständigkeit des **Kreispräsidenten** im **Vorverfahren** begründbar sei. Er übersieht, dass es sich bei der örtlichen Zuständigkeit und beim Schlichtungsobligatorium um zwei selbständige kumulativ zu erfüllende Prozessvoraussetzungen handelt, und die Vorinstanz die Erfüllung letzterer nur im Sinne einer **Eventualbegründung** für den Fall verneint hat, dass es sich wider Erwarten dennoch um eine Mietrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 23 GestG handeln sollte. **Daran ist festzuhalten.**

Zur gehörigen Einleitung eines Prozesses gehört - bei Streitigkeiten, deren Beurteilung in die Kompetenz des Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter, des Bezirksgerichtsausschusses oder des Bezirksgerichtes fällt - die **ordnungsgemässe Durchführung des Vermittlungsverfahrens** vor dem Kreispräsidenten als Vermittler (Art. 63 ff. ZPO) oder - bei Streitigkeiten aus einem Mietverhältnis - das bundesrechtlich vorgeschriebene Schlichtungsverfahren vor der **Schlichtungsbehörde** des Bezirks (Art. 274 ff. OR, VVzOR, BR 2.19.800). Sowohl das Obligatorium der Vermittlung als auch jenes des Schlichtungsverfahrens sind **Prozessvoraussetzungen** für das eigentliche **nachfolgende Gerichtsverfahren** (vgl. PKG 1999 Nr. 15 E. 2a, 1996 Nr. 19; Peter Higi, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich 1996, N 9 zu Art. 274 OR), welche wie die weiteren! Prozessvoraussetzungen (Zulässigkeit des Rechtsweges, Zuständigkeit, Partei- und Prozessfähigkeit, materielle Rechtskraft, Fehlen von Rechtshängigkeit etc.) Bedingung für das Eintreten auf die Sache sind. Bei Fehlen von Prozessvoraussetzungen darf nicht zur Sache verhandelt und es darf kein Sachurteil gefällt werden, weshalb sie grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen sind. Der Entscheid über Vorhandensein oder Fehlen von **Prozessvoraussetzungen** erfolgt schliesslich durch **Prozessurteil** und lautet **richtigerweise** auf "Eintreten" beziehungsweise "Nichteintreten" auf die **Klage**.

Die Auffassung des **Beschwerdeführers**, es unterliege der "freien Dispositionsbefugnis der Parteien", ob sie den Friedensrichter oder die Schlichtungsbehörde anrufen wollen, ist abwegig (Higi, a.a.O., N 4 zu Art. 274). Die Aufhebung von Art. 274b OR durch das GestG hat die funktionelle Trennung der Mietschlichtungsbehörden von den ordentlichen Sühnbehörden nicht aufgehoben. Die Trennung ist unverändert im kantonalen Recht verankert und angesichts von Art. 274a

Abs. 2 OR von Bundesrechts wegen praktisch vorgegeben. Art. 274a OR ist eine zwingende bundesrechtliche Vorschrift über die sachliche und funktionelle Zuständigkeit (Higi, a.a.O., N 5 f. zu Art. 274a), und das Obligatorium des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde eine bundesrechtliche Prozessvoraussetzung (BGE 117 II 504 E. 2b). In Mietsachen kann nur die Schlichtungsbehörde die Sühnfunktionen ausüben. Die Durchführung des ordentlichen Sühnverfahrens betreffend einen mietrechtlichen Anspruch beziehungsweise die Ausstellung des Leitscheins als Produkt desselben durch den Kreispräsidenten als Vermittler im Sinne von Art. 63 ZPO wäre **zufolge** der sachlichen Unzuständigkeit des Kreispräsidenten nichtig. In einer Mietstreitigkeit kann mit dem Leitschein gemäss Art. 73 ZPO keine Prozesseinleitung im Sinne von Art. 82 ZPO erfolgen. Würde es sich um einen mietrechtlichen Anspruch handeln, könnte er mangels Durchführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens nicht vor Gericht verhandelt werden, und es wäre auf die Klage aus diesem Grunde nicht einzutreten. Seine Überlegung, das Schlichtungsverfahren sei bereits im Haftpflichtprozess gegen B. durchgeführt worden, und es sei nicht sinnvoll über ein und dieselbe Schadenersatzforderung zwei Schlichtungsverfahren durchzuführen, hätte den Beschwerdeführer vielmehr zur Erkenntnis führen müssen, dass es sich bei seiner Klage gegen die X. Versicherungs-Gesellschaft eben nicht um den gleichen mietrechtlichen Schadenersatzanspruch handeln konnte.

4. Wird die Beschwerde in allen Teilen abgewiesen, gehen die in Anwendung von Art. 5 lit. b und Art. 8 Abs. 1 Kostentarif auf Fr. 2'195.– festzusetzenden Kosten des **Beschwerdeverfahrens** (Gerichtsgebühr Fr. 2'000.–, Schreibgebühr Fr. 195.–) gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO vollumfänglich zu Lasten des unterlegenen Beschwerdeführers.

Der Beschwerdeführer wird im gleichen Umfang wie er unterliegt **entschädigungspflichtig** (Art. 122 Abs. 3 ZPO). Eine Honorarnote hat der Rechtsvertreter der obsiegenden Beschwerdegegnerin nicht eingelegt, so dass der **Kantonsgerichtsausschuss** den für ihre gehörige Vertretung notwendigen Aufwand schätzungsweise festsetzt. Dem Aufwand ist eine **Entschädigung** von 1'500 Franken angemessen.

**Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'195.– (Gerichtsgebühr Fr. 2'000.–, Schreibgebühr Fr. 195.–) gehen zu Lasten von S..
3. S. ist verpflichtet, der X. Versicherungs-Gesellschaft für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung von 1'500 Franken zu bezahlen.
4. **Mitteilung an:**

\_\_\_\_\_

**Für den Kantonsgerichtsausschiiss von Grauhünden**

**Der Präsident:**

**Der Aktuar:**