



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

---

Ref.:  
ZF 02 76

Chur, 10. Februar 2003

Schriftlich mitgeteilt am:

## **Urteil**

### **Zivilkammer**

Vizepräsident Bochsler als Vorsitzender, Vizepräsident Schlenker, Kantonsrichter Jegen, Schäfer und Vital, Aktuar Conrad.

---

In der zivilrechtlichen Berufung

der Vereinigung P., 7000 Chur, Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin (1), vertreten durch den Vereinspräsidenten Dr. med. C., wiedervertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Dominik Infanger, Poststrasse 43, 7002 Chur, und

des X., Beschwerdeführer und Berufungskläger (2),

gegen

die Verfügung des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements des Kantons Graubünden vom 12. November 2002, mitgeteilt am 13. November 2002, in Sachen der Stiftung Spital Z. Chur, vertreten durch den Stiftungsratspräsidenten H., % Spital Z. Chur, Beschwerdegegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend Stiftungsaufsicht  
(aufschiebende Wirkung/vorsorgliche Massnahmen),

hat sich ergeben:

A. Die privatrechtliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB "Spital Z. Chur" wurde am 29. Dezember 1993 errichtet, am 30. Dezember 1993 ins Handelsregister eingetragen und nahm am 1. Januar 1994 ihre Tätigkeit auf. Nach dem Willen der beiden Stifter Institut I. (Mutterprovinz Schweiz, Verein mit Sitz in I./SZ) und Gemeindeverband Spitalregion Churer Rheintal wurde ihr der folgende Zweck gegeben:

*"Diese Stiftung verfolgt den Zweck, das seit 1853 von den Barmherzigen Schwestern vom heiligen Kreuz in I. (Institut I.) geführte Spital Z. in Chur zu übernehmen und im Sinne der kantonalen Gesetzgebung und der Verbandsstatuten der Spitalregion vom 18. August 1980 (Art. 2 Zweck siehe Anhang zu dieser Urkunde) weiterhin für eine bedürfnisgerechte und wirtschaftliche medizinische Versorgung durch das Spital Z. zu sorgen."*

Gemäss den organisatorischen Bestimmungen der Stiftungsurkunde (act. 06.1.3.1) ist oberstes Organ der Stiftung ein 15-köpfiger Stiftungsrat, dem die folgenden Befugnisse zukommen:

- *Allgemeine Aufsicht über den gesamten Spitalbetrieb sowie Verwaltung des Stiftungsvermögens*
- *Genehmigung des Jahresberichtes und der Jahresrechnung*
- *Erlass und Revision eines Organisationsreglementes. In dieses sind auch Bestimmungen über die Genehmigung des Voranschlages, über Wahlen, insbesondere der Kontrollstelle, sowie über Abstimmungen und Einberufung der Organe aufzunehmen. Das Organisationsreglement und spätere Änderungen bedürfen der Genehmigung durch die Delegiertenversammlung der Spitalregion sowie der Aufsichtsbehörde*
- *Erwerb und Veräusserung von Grundeigentum und dessen Belehnung oder Belastung mit Grunddienstbarkeiten und Grundpfandrechten. Davon ausgenommen sind Grenzvereinbarungen, die in die Kompetenz der Spitalkommission fallen*
- *Beschlussfassung über Anschaffungen, Bauten und Unterhaltsarbeiten, sofern die Kosten im Einzelfall die im Organisationsreglement festgelegte Kreditlimite übersteigen*
- *Beschlussfassung über jährlich wiederkehrende Ausgaben, falls diese im Einzelfall die im Organisationsreglement festgelegte Ausgabengrenze übersteigen*
- *Aufnahme von Darlehen*
- *Abschluss einer Vereinbarung mit der Spitalregion Churer Rheintal betreffend die Defizitdeckung aus Bau, Unterhalt und Betrieb des Spital Z.s.*
- *Beschlussfassung über weitere Angelegenheiten, welche auf Grund des Organisationsreglementes in die Zuständigkeit des Stiftungsrates fallen.*

Daneben obliegen die laufenden administrativen Geschäfte einer aus 7 Mitgliedern bestehenden Spitalkommission. Die Spitalkommission besorgt den unmittelbaren Verkehr mit der Spitaldirektion und erledigt alle Geschäfte, die nicht dem

Stiftungsrat vorbehalten sind oder in die Kompetenz der Spitaldirektion fallen. Einzelheiten dazu regelt der Stiftungsrat im Organisationsreglement.

B. Vorliegendes Verfahren spielt sich vor einem gesundheitspolitischen Hintergrund mit folgender Entwicklung ab:

Die drei grossen Spitäler auf dem Platz Chur sind: Das Kantonsspital (Rhätisches Kantons- und Regionalspital; selbständige Stiftung des öffentlichen Rechts; Zentrumsspital für den ganzen Kanton), das Frauenspital Fontana (unselbständige öffentlichrechtliche Stiftung; Träger Kanton Graubünden; Zentrumsspital für den ganzen Kanton) und das Spital Z. (Spital Z. Chur; privatrechtliche Stiftung; Regionalspital mit erweiterter Grundversorgung für das Churer Rheintal als Versorgungsgebiet (Spitalregion im Sinne von Art. 1 lit. a der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Förderung der Krankenpflege (Krankenpflegegesetz) vom 30. Mai 1979, BR 506.050) und mit Zentrumsfunktion für den ganzen Kanton auf dem Spezialgebiet der Ophthalmologie (Augenheilkunde)).

Seit 1998 sind Bestrebungen im Gang den Spitalplatz Chur neu zu organisieren, mit dem Ziel die Kosten im Gesundheitswesen einzudämmen. Dies soll durch Abbau von Doppelspurigkeiten im Versorgungsangebot und durch das Nutzen von möglichen Synergieeffekten im medizinischen und administrativen Bereich, mit einem geschätzten jährlichen Einsparungspotential von 4-5 Mio. Franken, erreicht werden. Im Juni 1998 erstattete die Regierung aufgrund mehrerer parlamentarischer Vorstösse dem Grossen Rat einen ausführlichen Bericht über die Kostenentwicklung im Gesundheitswesen, der vom Parlament in der Oktobersession 1998 einstimmig gutgeheissen wurde. Im Herbst 1999 gründeten die Trägerschaften der drei Spitäler in Chur die einfache Gesellschaft "Spitäler Chur" mit dem Zweck, vorgenanntes Ziel zu erreichen. Ihr strategisches Gremium, die Gemeinsame Spitalkommission (GSK), nahm am 1. Januar 2000 ihre Tätigkeit auf und legte im Januar 2002 ein Umsetzungskonzept nach dem Modell 1-1-3 (1 Träger, 1 Spital, 3 Standorte) vor. Dieses umfangreiche Dokument war begleitet von einem ausführlichen Bericht zur neuen Disziplinenzuordnung an die einzelnen Spitäler beziehungsweise an die verschiedenen Versorgungsstandorte unter einem Dach und von einem Bericht zu den rechtlichen Rahmenbedingungen. Letzterer geht im Falle des Spital Z.s davon aus, dass die Stiftungsurkunde hinsichtlich des Stiftungszwecks keine Änderung erfordere, hingegen eine Änderung der Urkunde in bezug auf die Organisation notwendig sei.

Mit Beschluss vom 19. März 2002 befürwortete die Regierung namens des Kantons als Träger des Frauenspitals Fontana dieses Umsetzungskonzept und stimmte unter anderem der Gründung einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft in der Form einer Aktiengesellschaft zu, mit welcher die 3 Spitäler inhaltlich übereinstimmende Managementverträge abschliessen sollen. Dabei wies sie auf die Notwendigkeit einer vorgängigen Änderung der Stiftungsurkunde des Spital Z.s im Sinne des Umsetzungskonzepts hin. Von der Stiftung Spital Z. Chur werde erwartet, dass sie bis 20. April 2002 zu Handen der GSK zum unterbreiteten Konzept und den Anträgen ebenfalls Stellung beziehe und verbindlich entscheide.

In der Folge verabschiedete die Regierung, gestützt auf Art. 39 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10), am 17. Juni 2002 die Spitalplanung 2002 und erliess mit Wirkung ab 1. Juli 2002 eine so genannte Spitalliste. Darin sind unter anderem die Leistungsaufträge der Churer Spitäler definiert. Das Spital Z. ist dort in der Kategorie eines Regionalspitals für die erweiterte Grundversorgung eingereiht. Die erweiterte Grundversorgung umfasst die Diagnostik, Therapie und Pflege aller Krankheiten und Unfälle, die weder aus Qualitäts- oder Kompetenzgründen noch aus Kosten-/Nutzenüberlegungen in einem Zentrumsspital erbracht werden müssen, mit einem Angebot an spezialärztlicher Tätigkeit, welches über Allgemeine Innere Medizin, Allgemeinchirurgie sowie Gynäkologie und Geburtshilfe hinausreicht. Die spezialärztliche Tätigkeit darf jedoch nur im genau spezifizierten Fall die Breite der Zentrumsversorgung erreichen. Gemäss Spitalliste sollte das Spital Z. den Leistungsauftrag für Medizin, Chirurgie, Urologie (nur bis 30. Juni 2003) und Ophthalmologie (als Zentrumsversorgung) erhalten. Die Spitalliste focht das Spital Z. beim Verwaltungsgericht an. Am 15. Oktober 2002 setzte die GSK eine Arbeitsgruppe zur Gründung einer Betriebsgesellschaft im Sinne des Umsetzungskonzepts ein.

C. Die Vereinigung P. (P.) wurde am 21. Juli 1998 als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB gegründet, mit dem Zweck "das Spital Z. (Chur) als autonomes, qualitativ leistungsfähiges und zeitgemässes Regionalspital, das die freie Arzt- und Spitalwahl gewährleistet, zu erhalten und zu fördern". Ihm gehören rund 2'000, vorwiegend aus den Gemeinden der Spitalregion Churer Rheintal stammende Mitglieder an, worunter X., Chur, der gleichzeitig Aktuar/Protokollführer des Vereins ist.

Die P. und X. befürchten, bei einem Zusammengehen der 3 Spitäler unter gemeinsamer Führung einer Betriebsgesellschaft im eingangs geschilderten Sinn werde der Stiftungszweck des Spital Z.s verletzt, weil die der Stiftung zugedachten

Aufgaben zum einen vom Spital Z. selbst, demnach nicht von einer fremdgesteuerten Betriebsgesellschaft, wahrzunehmen seien. Sodann bedeute der heutige Stiftungszweck in Verbindung mit dem darin enthaltenden Hinweis auf das geltende kantonale Recht, dass das Spital Z. ein Regionalspital mit erweiterter Grundversorgung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Förderung der Krankenpflege vom 30. Mai 1979 (BR 506.050) sei und zu bleiben habe. Das Spital Z. müsse diesen Versorgungsauftrag weiterhin ungeschmälert, namentlich inklusive Akutmedizin, und zwar an ihrem derzeitigen Betriebsstandort Loëstrasse 99 erfüllen. Jegliche Beschränkung dieses Aufgabenbereichs müsse zu einem Leistungsabbau zum Nachteil der Stiftungsdestinatäre führen und komme daher einer Verletzung des Stiftungszwecks und des Organisationsstatuts gleich, beziehungsweise es sei solches solange unzulässig, als nicht vorgängig die Stiftungsurkunde (Zweck und Organisation) und das Organisationsreglement durch die zuständigen Aufsichtsbehörden geändert würden. Letzteres bekämpfen sie.

D. Der Stiftungsrat des Spital Z.s hielt anfänglich die Entscheidungsgrundlagen für ein Mitmachen im Sinne der GSK für unzureichend, weil seiner Ansicht nach im Umsetzungskonzept nicht genügend klar zum Ausdruck kam, wie die künftige Disziplinenverteilung unter den 3 Spitälern (einfache, normale oder erweiterte Grundversorgung, Akutbereich, Chirurgie, Spezialitätenmedizin) und damit die Stellung des Spital Z.s aussehen würde. Er fürchtete namentlich um dessen Rolle als Akutspital und prognostizierte eine Abwanderung von qualifiziertem Personal. Er teilte der Regierung mit, dass er nicht in der Lage sei, einen Grundsatzentscheid zu fällen und machte schliesslich einen Zusammenschluss von der Bedingung abhängig, dass dem Spital Z. der Beibehalt der erweiterten Grundversorgung garantiert werde. Unter Hinweis auf das Konzept Spitalplatz Chur teilte die Regierung dem Spital Z. mit, dass letzteres ausgeschlossen sei. Am Standort des Spital Z.s sei nur noch eine normale Grundversorgung vorgesehen. In der Folge suchte der Stiftungsrat Anschluss bei einer anderen Spitalgruppe (Hirslanden) und stellte sich gegenüber den anderen Spitälern auf den Standpunkt, es sei der Ausgang der von der P. inzwischen lancierten regionalen Volksinitiative "Für eine Sicherstellung der bestehenden freien Arzt- und Spitalwahl in der Spitalregion Churer Rheintal" abzuwarten. Am 27. August 2002 beschloss die Regierung aufgrund zeitlicher Dringlichkeit, den Spitalplatz Chur ohne Einbezug des Spital Z.s anzugehen.

Daraufhin fasste der Stiftungsrat des Spital Z.s am 18. September 2002 den folgenden Beschluss:

- "1. Das Alternativ-Projekt mit der Hirslanden-Gruppe wird definitiv nicht weiter verfolgt. Die Verhandlungen wurden abgebrochen, siehe auch unseren Brief vom 08. August 2002.
2. Das Spital Z. sagt ohne Bedingungen JA zum Spitalplatz Chur. Wir bekräftigen den Willen, gemeinsam mit dem Kantonsspital und dem Frauenspital Fontana den Spitalplatz Chur weiter zu entwickeln.
3. Das Spital Z. sagt JA, zusammen mit den beiden anderen Spitalträgern des Spitalplatzes Chur eine gemeinsame Betriebsgesellschaft zu gründen und die gesamte operative Führung an diese Betriebsgesellschaft zu übertragen. Das Spital Z. ist damit einverstanden, dass die Zuweisung der Leistungsbereiche und der Spezialitäten an die einzelnen Spitäler der Betriebsgesellschaft übertragen wird.
4. Die am 23. August 2002 eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschluss der Regierung i. S. Spitalliste 2002 wird zurückgezogen.
5. Das Spital Z. hält fest, dass es mit dem Initiativbegehren der "Vereinigung P." nichts zu tun hat."

E.1. Dagegen erhoben die P. und X. als einfache Streitgenossen am 10. Oktober 2002 Aufsichtsbeschwerde an das Amt für Zivilrecht des Kantons Graubünden. Sie stellten folgende Rechtsbegehren:

1. Der anlässlich der Sitzung des Stiftungsrates der Stiftung Spital Z. Chur gefasste Beschluss vom 18. September 2002, [...Zitat Beschluss] sei hinsichtlich der Ziffern 2 und 3 aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass gestützt auf den Stiftungszweck das Spital Z. ein Regionalspital mit erweiterter Grundversorgung ist und dass eine Abänderung der Grundversorgung in eine normale oder einfache Grundversorgung oder gar eine Aufhebung des Akutspitals einer Verletzung des Stiftungszweckes gleichkommt.
3. Der Stiftungsrat der Stiftung Spital Z. Chur sei anzuweisen, mit allen Mitteln den Stifterwillen - insbesondere im Sinne von Ziffer 2 hiervor - auszuführen.
4. Den Stiftungsräten sei unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB und unter Androhung der Bestellung eines Stiftungsbeistandes gemäss Art. 393 Ziff. 4 ZGB zu verbieten, die operative Leitung abzugeben und bedingungslos Ja zum Spitalplatz Chur zu sagen, soweit dadurch die indirekt im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann.
5. Eventualiter seien die Beschwerden als Anzeigen entgegenezunehmen.
6. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge."

2. Gleichzeitig mit der Aufsichtsbeschwerde beantragten sie zudem den Erlass von vorsorglichen Massnahmen:

- "1. Superprovisorische Massnahmen: Bis zur rechtskräftigen Entscheidung der vorliegenden Stiftungsaufsichtsbeschwerde sei den Stiftungsräten

*unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die operative Leitung bedingungslos abzugeben und bedingungslos Ja zum Spitalplatz Chur zu sagen, soweit dadurch die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann, und zu verbieten, Verhandlungen mit den beiden anderen Spitalträgern des Spitalplatzes Chur über die Gründung einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft zu führen oder gar eine solche Betriebsgesellschaft zu gründen.*

2. *Eventualiter: Die unter I/B/1 beantragten superprovisorischen Massnahmen seien vorsorglich anzuordnen."*

F. Mittels Verfügung vom 12. November 2002 erkannte das in der Sache zuständige Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement, zeichnend durch Regierungsrat Dr. Peter Aliesch, wie folgt:

1. *Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.*
2. *Die Kosten bleiben bei der Prozedur.*
3. *Diese Verfügung kann gemäss Art. 25a EGzZGB innert 20 Tagen seit Mitteilung an das Kantonsgericht Graubünden, Poststrasse 14, 7000 Chur, mit Berufung gemäss Art. 64 EGzZGB weitergezogen werden.*

*...."*

G.1. Gegen die am 13. November 2002 mitgeteilte Verfügung führen die P. und X. mit Eingabe vom 3. Dezember 2002 Berufung ans Kantonsgericht. Sie stellen folgende Berufungsanträge:

- "1. *Die Departementsverfügung vom 12. November 2002 des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements sei aufzuheben.*
2. *Bis zur rechtskräftigen Entscheidung der anhängigen Stiftungsaufsichtsbeschwerde durch die Vorinstanz sei den Stiftungsräten unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die operative Leitung bedingungslos abzugeben, bedingungslos Ja zum Spitalplatz Chur zu sagen, soweit dadurch die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann, und eine für den Spitalplatz Chur operativ tätige Betriebsgesellschaft mitzugründen.*
3. *Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."*

2. Das Departement beantragt vollständige Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungskläger. Die Stiftung Spital Z. Chur beantragt die Abweisung der Berufungsbegehren 2 und 3, ebenfalls unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungskläger.

3. Mit Verfügung vom 17. Januar 2003 wurde den Berufungsklägern die Berufungsantwort der Stiftung Spital Z. sowie die Vernehmlassung der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht und der Schriftenwechsel damit für abgeschlossen erklärt. Dessen ungeachtet reichten die Berufungskläger am 22. Januar 2003 eine Stellungnahme zur Berufungsantwort und zur Vernehmlassung der Vorinstanz ein.

4. Soweit erforderlich, ist auf weitere Sachverhalte und Parteivorbringen nachfolgend einzugehen.

### **Die Zivilkammer zieht in Erwägung :**

1. Die persönliche Beschwerdelegitimation der Berufungskläger ist von Vorinstanz und Gegenpartei unbestritten geblieben. Als Prozessvoraussetzung ist sie dessen ungeachtet von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, was auch im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren (vgl. BGE 120 Ib 97 E.1) und im Verwaltungsgerichtsverfahren gilt. X. wohnt in Chur. Als Einwohner der Spitalregion Churer Rheintal ist er möglicher Empfänger von Leistungen des Spital Z.s Chur und daher potentieller Stiftungsdestinatär. Es wäre dannzumal zu seinem Nachteil, wenn das Spital Z. das von ihr stiftungsgemäss zu erbringende Versorgungsangebot in unzulässiger Weise einschränken würde. Eine solche virtuelle Betroffenheit genügt (Riemer, Berner Kommentar, N 119 zu Art. 84 ZGB). Als iuristische Person kann die P. naturgemäss nicht in den Genuss medizinischer Leistungen kommen, hingegen ist ihre ideelle Betroffenheit angesichts des Vereinszwecks offensichtlich, besteht doch dieser gerade darin, für die Einhaltung des Zwecks der Stiftung Spital Z. Chur, mithin dafür zu sorgen, dass die Destinatäre dauernd in den Genuss der stiftungsgemässen Leistungen kommen. Ist eine grosse Zahl der Vereinsmitglieder vom angefochtenen Beschluss betroffen und selber zur Beschwerdeführung legitimiert, so ist auch die egoistische Verbandbeschwerde der P. in eigenem Namen gegeben (Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz 775-793). Aus dieser Sicht steht einem Eintreten auf die im übrigen frist- und formgerecht eingelegte, die formulierten Anträge auf Abänderung des angefochtenen Entscheids und eine Begründung enthaltende Berufung somit nichts entgegen.

2.a. Der Entscheid des Departements in der Hauptsache - Aufhebung der Beschlussziffern 2 und 3 - steht noch aus. Als Zwischenverfügungen gelten behördliche Anordnungen im Rahmen eines Verfahrens, die nicht auf die endgültige materielle Regelung der Streitfrage gerichtet sind, sondern nur einen Schritt auf dem



Weg zur Verfahrenserledigung darstellen, wie beispielsweise Anordnungen über den Ausstand, Beweisabnahmen, vorsorgliche Massnahmen, unentgeltliche Rechtspflege, Akteneinsicht. Sie stehen im Gegensatz zu den Endverfügungen, die das Verfahren abschliessen (Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 189, Rz 981). In diesem Sinne wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass vorsorgliche Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren als Zwischenverfügungen ergehen (so Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 96, Rz 146). Das vorliegende Anfechtungsobjekt ist unbestreitbar bloss eine solche prozessleitende Zwischenverfügung betreffend einstweiligen Rechtsschutz. In Stiftungsaufsichtssachen können gemäss Art. 25a EGZGB Verfügungen der Aufsichtsbehörde oder des von der Regierung bezeichneten Departements mit Berufung im Sinne von Art. 64 EGZGB an das Kantonsgericht weitergezogen werden. Die Berufungskläger gehen stillschweigend davon aus, dass die Weiterzugsmöglichkeit gestützt auf Art. 25a EGZGB ohne weiteres auch gegen eine bloss verfahrensleitende Verfügung gegeben ist. Die Vorinstanz scheint angesichts ihrer Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Akt ebenso der Auffassung, dieser sei uneingeschränkt berufungsfähig. Die Berufungsbeklagte äussert sich dazu nicht.

Im Aufsichtsbeschwerdeverfahren erster Stufe, das heisst vor dem Departement, gilt laut Art. 16 Abs. 1 EGZGB das Gesetz über das Verfahren in Verwaltungs- und Verfassungssachen (VVG), also auch dessen Art. 6, wonach die Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag die notwendigen vorsorglichen und verfahrensleitenden Entscheide trifft. Im verwaltungsinternen Rechtszug gilt sodann Art. 16 VVG. Danach sind Zwischenentscheide nur anfechtbar, wenn sie für den Betroffenen einen Nachteil zur Folge haben, der sich später voraussichtlich nicht mehr beheben lässt. Das VVG von 1982 spricht von unterer und oberer kantonaler Instanz (Art. 15) und kann dabei nur Verwaltungsinstanzen und nicht Gerichte meinen, insbesondere nicht das Kantonsgericht, da dessen letztinstanzliche Zuständigkeit in materiellen Verwaltungssachen erst seit 1994 besteht. In den Fällen, in denen kantonal letztinstanzlich das Verwaltungsgericht zuständig ist, sagt das anwendbare Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) bei der Bestimmung der zulässigen Rekursobjekte -dem VVG vergleichbar-, dass darunter auch Verfügungen sowie Zwischenverfügungen in einem schwebenden Verfahren fallen, die für den Betroffenen einen Nachteil zur Folge haben, der sich später voraussichtlich nicht mehr beheben lässt (Art. 13 Abs. 2 VGG).

b. Die Frage der Anfechtbarkeit von Zwischenentscheidungen ist lediglich ein Spezialfall der sachlichen Rechtsmittellegitimation (vgl. Art. 13 Abs. 1 und 2 VVG; Art. 16 Abs. 1/Art. 17 VVG; Art. 218 Abs. 1/Art. 232 ZPO) und als solcher eine ebenfalls von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung. Im Sinne einer Eintretensfrage ist demnach vorab zu klären, ob und auf welcher Rechtsgrundlage auch gegen bloss verfahrensleitende Zwischenentscheide des Departements als erster Aufsichtsbehörde in Stiftungssachen die Berufung an das Kantonsgericht gegeben ist.

Davon ausgenommen ist der vor dem Departement vorsorglich erhobene Antrag der Beschwerdeführer, es sei der Beschwerdegegnerin einstweilen zu verbieten, *Verhandlungen* mit den beiden anderen Spitalträgern des Spitalplatzes Chur über die Gründung einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft *zu führen*. Die Berufungskläger sehen mittlerweile ein, dass sie damit über das Ziel hinausgeschossen sind und erneuern diesen Antrag im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr (act. 01, Berufungsschrift S. 12 unten).

3.a. Das Verfahren vor dem Departement stellt ein reines Verwaltungsbeschwerdeverfahren dar, weshalb das VVG zur Anwendung gelangt. Darüber, ob die aufschiebende Wirkung eine besondere Art, ja die hauptsächliche und häufigste Art einer vorsorglichen Anordnung oder Massnahme ist, oder die aufschiebende Wirkung etwas anderes ist, herrscht in der Gesetzgebung und der Lehre keine einheitliche Auffassung. Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren des Bundes wird die aufschiebende Wirkung als eine Art vorsorgliche Massnahme angesehen, wie aus den Marginalien des VwVG zu schliessen ist (vgl. EGVSZ 1986 S. 5 ff. E. 1b; Randtitel zu Art. 55 f. VwVG (Formulierung "andere vorsorgliche Massnahmen" in Art. 56 VwVG); Fritz Gygi, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 1976 S. 1; derselbe in Bundesverwaltungsrechtspflege, 1979, S. 181; Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 210 Ziff. 22.25). Was die Berufungskläger als einstweiligen Rechtsschutz wollen und im Rechtsbegehren breit ausgeführt haben, ist durchwegs repressiver Natur im Sinne eines richterlichen Stillhaltebefehls an die Gegenpartei. Sieht man einmal vom - überflüssigen- Antrag auf Androhung von Art. 292 StGB ab, hätte im Grunde ein dahingehendes Begehren genügt, dass der grundsätzlich nicht mit Suspensivwirkung ausgestatteten verwaltungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde an das Departement (Art. 22 Abs. 1 VVG) die aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 22 Abs. 2/Art. 6 Abs. 1 VVG zu erteilen sei. Damit wäre bereits erreicht, dass die angefochtenen Ziffern 2 und 3 des Stiftungsratsbeschlusses vom 18. September 2002 nicht

in Rechtskraft erwachsen und der Stiftungsrat sie nicht umsetzen/vollstrecken darf. Es wird dasselbe erreicht wie mit einer einstweiligen Suspendierung von Stiftungsentscheidungen (zu Letzterem siehe Riemer, a.a.O., N 108). Weitere Massnahmen im Sinne kreativ anzuordnender Befehle, die auf eine Zementierung des vor dem Beschluss herrschenden rechtlichen und/oder faktischen Zustandes abzielen, wie z.B. eine Registersperre, Beschlagnahme von Stiftungsvermögen, Verbeiständung der Stiftung o.ä. verlangten die Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorsorglich. Was sie als einstweiligen Rechtsschutz wollen, geht inhaltlich beziehungsweise in seinen Konsequenzen demzufolge nicht über das hinaus, was mit der Zuerkennung der Suspensivwirkung erreicht wird.

b. Als Folge der bundesgerichtlichen Auslegung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und der Ungültigkeit der von der Schweiz gemachten auslegenden Erklärungen und Vorbehalte zu dieser Konventionsbestimmung, welche zur Revision des OG (Einfügung von Art. 98a) führten, wurde mit Volksbeschluss vom 25. Juni 1995 (Gesetz über die Anpassung von Gesetzen an Artikel 6 Ziffer 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrecht und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention; EMRK) und Artikel 98a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz; OG)) bei der Stiftungsaufsicht Art. 25a neu ins Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB) eingefügt (in Kraft seit 1. Oktober 1994), unter gleichzeitiger Streichung von Art. 23 Abs. 2 EGZGB (bisherige letztinstanzliche Zuständigkeit der Regierung). Gemäss Art. 25a EGZGB (V. Rechtsmittel) können Verfügungen der Aufsichtsbehörde oder des von der Regierung bezeichneten Departements in Stiftungsaufsichtssachen mit Berufung gemäss Art. 64 EGZGB, das heisst analog der Ordnung im Vormundschaftsrecht, an das Kantonsgericht weitergezogen werden. Angesichts des Umstandes, dass hier ein Übergang von einem Verwaltungsverfahren in ein Gerichtsverfahren stattfindet, ist der Begriff "Verfügung" eher unglücklich, weil damit nach gängiger zivilprozessualer Terminologie der Eindruck entstehen könnte, sämtliche Anordnungen prozessleitender Natur seien mitumfasst. Dass mit den "Verfügungen" im Sinne von Art. 25a EGZGB nicht primär prozessleitende Verfügungen und vorsorgliche Massnahmen etc. gemeint sein können, scheint indes klar, bezieht sich doch diese Vorschrift offensichtlich auf die vorangehenden Art. 23-25 EGZGB und meint die dort getroffenen materiellen Urteile in der Hauptsache und die formell prozessbeendenden Entscheidungen. Daraus ableiten zu wollen, dass prozessleitende Verfügungen und vorsorgliche Massnahmen nach kantonalem Verfahrensrecht a priori keinem Rechtsmittel zugänglich sind, wäre indessen ebensowenig überzeugend (anders PKG 1999 Nr.

7, welcher in Auslegung von Art. 15 Abs. 3 EGZGB (Namensrecht) und Art. 64 EGZGB prozessualen Zwischenentscheiden die Berufungsfähigkeit generell abzusprechen scheint).

c. Gemäss Art. 64 EGZGB ist die Berufung an das Kantonsgericht schriftlich und unter Beilage des angefochtenen Entscheides innert 20 Tagen beim Kantonsgericht einzureichen. In der Berufungsschrift ist mit kurzer Begründung anzugeben, welche Punkte angefochten und welche Änderungen beantragt werden (Abs. 1). Neue Tatsachen und Beweismittel sind zulässig (Abs. 2) und der Kantonsgerichtspräsident kann der Berufung auf Gesuch oder von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilen (Abs. 3). Darin erschöpfen sich die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, welche das EGZGB selbst für das kantonal letztinstanzliche Rechtsmittel in Stiftungsaufsichtssachen aufstellt. Im übrigen gelten sinngemäss die Bestimmungen über die Berufung gemäss Art. 218 ff. ZPO (Abs. 4, vgl. aber auch Art. 2 EGZGB). Aus Art. 64 Abs. 3 EGZGB geht hervor, dass der verwaltungsrechtlichen Berufung an das Kantonsgericht von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zugedacht ist. Diese Vorschrift gibt auf das vorliegende Problem indes keine Antwort, da sie zum einen nur die Frage der aufschiebenden Wirkung für eine feststehend zulässige Berufung in der Hauptsache behandelt, und zum anderen die Berufungskläger nicht beantragt haben, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Im Zivilverfahren können Zwischenentscheide nur mit der Hauptsache (Beiurteil) zusammen angefochten werden, oder wenn das Verfahrensrecht ein besonderes Rechtsmittel gegen besondere Arten von Zwischenentscheidungen ausdrücklich vorsieht (Art. 232 ZPO, selbständige Zuständigkeitsentscheide, unentgeltliche Rechtspflege etc., nicht aber die Erteilung der aufschiebenden Wirkung), oder wenn es sich um präsidiale vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 52 ZPO handelt, mit Prozessbeschwerde an den entsprechenden Gerichtsausschuss (nicht aber an eine funktionell höhere Stufe; vgl. Art. 237 ZPO). Nach rein zivilprozessualen Gesichtspunkten ergäbe sich folglich, dass Verfügungen von Aufsichtsbehörden/Departementen betreffend aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen generell nicht selbständig mit Berufung beim Kantonsgericht anfechtbar sind.

d. Da im ZGB geregelt, stellt Stiftungsaufsicht formell Bundesprivatrecht dar, materiell hingegen nach einhelliger Ansicht öffentliches (Verwaltungs-)Recht, was letztlich auch darin zum Ausdruck kommt, dass nicht die Berufung sondern die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegeben ist (Riemer, a.a.O., N 39, 121, 133). Departement und Kantonsgericht treffen hier eine sich auf öffentli-

ches (Verwaltungs-)Recht des Bundes stützende Anordnung im Einzelfall im Sinne von Art. 5 VwVG. Vor dem Amt für Zivilrecht, dem Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement und dem Bundesgericht gilt Verwaltungsverfahrensrecht beziehungsweise vor Bundesgericht die Verfahrensregeln der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 97 ff. OG). Gemessen am Gegenstand des Verfahrens stellt die Verweisung von Art. 64 Abs. 4 EGZGB auf die ZPO daher in gewissem Sinn einen Fremdkörper dar, was auf die gesetzgeberische Überlegung zurückzuführen sein dürfte, dass dem Kantonsgericht naturgemäss die Verfahrensregeln des Zivilprozesses näher liegen als jene des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsgerichtsverfahrens. Jedenfalls ist kaum denkbar, dass der Gesetzgeber bei einer Zuweisung der letztinstanzlichen Zuständigkeit dieser Rechtsgebiete an das Verwaltungsgericht die Regeln des Zivilprozesses für subsidiär anwendbar erklärt hätte. Bereits die Wendung "im übrigen...sinngemäss" von Art. 64 Abs. 4 EGZGB deutet nun aber darauf hin, dass sich die Verweisung eher nur auf die Fragen bezieht, wie das Berufungsverfahren in sich selbst abzulaufen hat (Art. 219 ff. ZPO), nicht aber auf die sich hier vorab stellende Frage, was überhaupt Gegenstand der Berufung sein kann (Art. 218 ZPO). Die Verweisung von Art. 64 Abs. 4 EGZGB umfasst nach seinem Wortlaut scheinbar auch den Abs. 1 von Art. 218 ZPO. Dies wäre insoweit problematisch, als ein Konflikt mit Art. 25a EGZGB entsteht, nehmen doch beide Normen für sich in Anspruch, die möglichen Anfechtungsobjekte zu bestimmen. So wie Satz 1 von Art. 64 Abs. 1 EGZGB das Anfechtungsobjekt im Vormundschaftsrecht (Entscheide des Bezirksgerichtsausschusses) bestimmt, tut es Art. 25a EGZGB für das Stiftungsaufsichtsrecht. Auch Art. 2 EGZGB legt nahe, dass Art. 25a EGZGB als *lex specialis* in diesem Punkt die Anwendung der ZPO ausschliesst. Die Antwort, ob und inwieweit Zwischenentscheide anfechtbar sind, ist in Art. 25a EGZGB beziehungsweise in den übrigen Bestimmungen des EGZGB zu suchen ist.

e. Art. 25a EGZGB regelt die Weiterziehbarkeit im besonderen Anwendungsbereich der Stiftungsaufsicht. Die ihm vorangehenden Bestimmungen von Art. 1-16 enthalten die allgemeinen Vorschriften über die Zuständigkeiten und das Verfahren zum Zivilgesetzbuch, wobei sich die Art. 13-16 auf Verwaltungsbehörden aller Stufen beziehen. Gemäss der Generalklausel von Art. 16 Abs. 3 EGZGB (in der geänderten Fassung gemäss Volksbeschluss vom 12. März 2000, Gesetz über die Änderung der Gerichtsorganisation) können Entscheide der Regierung, der kantonalen Departemente und anderer kantonalen Instanzen auf dem Gebiet des [formellen] Zivilrechts mit Berufung gemäss Artikel 64 [EGZGB] an das Kantonsgericht weitergezogen werden, wenn nach übergeordnetem Recht eine letztinstanzliche Beurteilung durch ein kantonales Gericht erforderlich ist. Dieser Rechtssatz ist zum

einen als eine besondere Anordnung im Sinne von Art. 2 EGZGB zu qualifizieren, welche die Geltung der ZPO ausschliesst, und zum anderen als allgemein ergänzender Vorbehalt (Generalklausel) zu den Spezialbestimmungen des EGZGB. Er gilt für alle Bereiche des (formellen) Zivilrechts, demnach sowohl für jene, in denen das EGZGB die nach übergeordnetem Recht notwendige Weiterzugsmöglichkeit an ein Gericht "an sich nicht zulässt" (vgl. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat betreffend Erlass eines Gesetzes und einer Verordnung über die Anpassung von Gesetzen und grossrätlichen Erlassen an Art. 6 Ziffer 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) und Art. 98a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG), 1994-95, S. 583 f.), als auch nach seinem Sinn und Zweck (ergänzend) für jene, in denen das EGZGB zwar eine solche grundsätzlich vorsieht (Art. 15, 25a, 38, 64, 139a), namentlich in Bezug auf die Frage der Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden, welche lediglich einen Spezialfall der sachlichen Rechtsmittellegitimation darstellt, jedoch unergiebig ist. Der letzte Halbsatz von Art. 16 Abs. 3 EGZGB stellt eine Generalklausel dar (Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, 1994-95, S. 566/583 f.), welche inhaltlich als Verweisung auf Art. 98a OG zu qualifizieren ist (Botschaft, ebenda, S. 561/574).

f. Gemäss Art. 98a OG haben die Kantone richterliche Behörden als letzte kantonale Instanzen zu bestellen, soweit gegen deren Entscheide unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist (Abs. 1). Sie regeln deren Zuständigkeit, Organisation und Verfahren im Rahmen des Bundesrechts (Abs. 2), wobei Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe mindestens im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu gewährleisten sind (Abs. 3). Angesichts von Art. 98a Abs. 3 OG müssen demnach auch über vorsorgliche Massnahmen Gerichtsbehörden als letzte kantonale Instanzen entscheiden, wenn diese mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 378 Nr. 167).

Dieses Resultat würde sich im übrigen auch ohne die Generalklausel von Art. 16 Abs. 3 EGZGB in bindender Weise einstellen. Angenommen, es würde sich im vorliegenden Fall um eine Berufung in der Hauptsache handeln und das Kantonsgericht würde den Antrag der Beschwerdeführer, ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 64 Abs. 3 EG zu verleihen, abweisen, so könnten die Beschwerdeführer -unter näher zu bestimmenden Voraussetzungen- dagegen ge-

stützt auf Art. 97/101 lit. a OG (e contrario) in Verbindung mit Art. 5/45 VwVG selbständige Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht führen. Soweit und sofern das Bundesgericht sich einer solchen Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung im Verhältnis zum Kantonsgericht als Vorinstanz annehmen muss, genau so muss es auch das Kantonsgericht im Verhältnis zum Departement als seiner Vorinstanz. Art. 98a OG will sicherstellen, dass das kantonale Verfahrensrecht hier die Verwirklichung des Bundesverwaltungsrechts (Art. 84 ff. ZGB) und die dazu entwickelte Praxis nicht behindern kann (zur aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gegen die Administrativmassnahme des Führerausweisentzuges vgl. PKG 1999 Nr. 41 E. 3).

g.aa. Gemäss Art. 101 lit. a OG (e contrario) sind Zwischenverfügungen nur dann selbständig mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar, wenn dieses Rechtsmittel auch gegen den Endentscheid offen steht (BGE 127 II 132 E. 2a, 116 Ib 344 E. 1b). Das muss, wie dargelegt, auch im Verhältnis kantonales Departement und Kantonsgericht gelten. Beim Entscheid des Departements in der Hauptsache wird es sich um die Verfügung handeln, dem ein bundesrechtlicher Anspruch betreffend Einschreiten gegen eine Stiftung nach Art. 84 ZGB zugrunde liegt, so dass dagegen die Berufung gemäss Art. 25a EGZGB ans Kantonsgericht und von dort gemäss Art. 98 lit. g OG ans Bundesgericht zulässig ist.

bb. Nach Art. 97 Abs. 1 OG bildet Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht die letztinstanzliche Beurteilung von Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Gemäss Art. 5 Abs. 2 VwVG gelten als Verfügungen auch Zwischenverfügungen im Sinne von Art. 45 VwVG. Verfahrensleitende und andere Zwischenverfügungen in einem der Endverfügung vorangehenden Verfahren, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können, sind selbständig durch Beschwerde anfechtbar (BGE 127 II 132 E. 2a, 125 II 613 E. 2a S. 619; 122 II 211 E. 1c; 121 II 116 E. 1b/cc). Als selbständig anfechtbare Zwischenverfügungen gelten namentlich auch Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 55 und 56 VwVG (Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG). Beim angefochtenen Entscheid, in welchem über die aufschiebende Wirkung der von den Beschwerdegegnern eingereichten Aufsichtsbeschwerden beziehungsweise über ihr in der Wirkung gleichkommende vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens entschieden wurde, handelt es sich um eine solche Zwischenverfügung. Als vorsorgliche Massnahme in diesem Sinne sind auch die Entziehung beziehungsweise die Gewährung der aufschiebenden Wirkung an-

zusehen (Art. 55 VwVG, Marginale; BGE 116 Ib 344 E. 1b; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A. Zürich 1999, § 6 N 3). Mit der beschränkten Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll verhindert werden, dass ein Gericht Zwischenverfügungen überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid für den Betroffenen jeden Nachteil verlieren; das Gericht soll sich in der Regel nur einmal mit einer bestimmten Streitsache befassen müssen. Der Nachteil, welchen der Beschwerdeführer durch die Zwischenverfügung erleidet, muss somit in jedem Fall nicht wiedergutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung ein schutzwürdiges ist. Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt freilich ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse für die Annahme eines schutzwürdigen Interesses beziehungsweise für die Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils (BGE 125 II 613 E. 2a S. 620; 120 Ib 97 E. 1c S. 99 f.), sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung der Zwischenverfügung um mehr geht als nur darum, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 116 Ib E. 1c). Nicht zu verlangen ist, dass der Schaden geradezu irreparabel ist (Häner, ZSR, a.a.O., Rz 173 mit Hinweisen).

cc. Es kann also zusammenfassend gesagt werden, dass Zwischenentscheidungen des Departements in Stiftungsaufsichtssachen selbständiger Berufung an die Zivilkammer des Kantonsgerichts im Sinne von Art. 16 Abs. 3/25a/64 EGZGB unterstehen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Es ergibt sich somit, dass im (verwaltungsgerichtlichen) Berufungsverfahren vor dem Kantonsgericht zumindest inhaltlich die gleichen Voraussetzungen für die Anfechtung von Zwischenentscheidungen bestehen, wie im internen Verwaltungsbeschwerdeverfahren (Art. 16 Abs. 1 VVG) und im Verwaltungsgerichtsverfahren (Art. 13 Abs. 2 VGG).

4. Die Berufungskläger verlangen, es sei dem Stiftungsrat einstweilen zu verbieten:

- bedingungslos ja zum Spitalplatz Chur sagen, soweit dadurch die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann
- eine für den Spitalplatz Chur operative Betriebsgesellschaft mitzugründen



- die operative Leitung des Spital Z.s bedingungslos (an diese Betriebsgesellschaft) abzugeben.

a. Nicht zu hören ist die Argumentation seitens der Vorinstanz und der Stiftung, ein vorzeitiges Ausscheren des Spital Z.s hätte für die anderen beiden Spitälern Nachteile beziehungsweise gefährde gar die objektiven Interessen an einem kostengünstigen Spitalplatz Chur. Es geht in der Hauptsache nur um das Schicksal des Spital Z.s und es stellt sich im hiesigen Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes nur die Frage, wie sich eine Verweigerung der aufschiebenden Wirkung auf die Stiftung beziehungsweise auf ihre Destinatäre auswirken könnte. Massstab für den drohenden Nachteil bei einer Verweigerung der aufschiebenden Wirkung ist folglich primär das individuelle Interesse der Stiftung Spital Z. und jenes ihrer Destinatäre. Mit der Berufungsbeklagten ist andererseits davon auszugehen, dass es nicht in erster Linie auf die Prognose über den Ausgang des Hauptverfahrens ankommt. Mit der Frage, ob die Beschwerdeführer in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg haben könnten, beschäftigt sich weder die angefochtene Verfügung, noch führt die Berufungsbeklagte dies als Begründung für ihren Antrag auf Abweisung der vorsorglichen Massnahmen an. So ist in diesem Zwischenverfahren zum Beispiel nicht -auch nicht summarisch- zu prüfen, ob dem Stiftungsrat nach den organisatorischen Bestimmungen die Befugnis zum Erlass des angefochtenen Beschlusses zukommt und ob dieser inhaltlich dem Stiftungszweck widerspricht. Fallentscheidend ist, ob die beantragten Massnahmen zur einstweiligen Verhinderung von nicht wieder gut zu machenden Nachteilen -also für den hypothetisch angenommenen Fall, dass der Endentscheid für den Anfechtenden günstig lauten sollte (RPW 1997 S. 248 E. 1.3, Häner, ZSR, a.a.O., Nr. 173)- notwendig sind.

b. Es ist primär Sache der beschwerdeführenden Partei darzulegen, dass ihr für den Fall der Verweigerung von vorsorglichen Massnahmen oder der aufschiebenden Wirkung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwächst. Die Behörde kann im allgemeinen ihren Entscheid darüber, ob nicht wieder gutzumachende Nachteile drohen, auf den Sachverhalt abstützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen (EGVSZ 1986 S. 7 E. 1c). Was der Stiftung Negatives (tatsächlicher materieller oder immaterieller Schaden, rechtliche Nachteile) widerfährt, wenn der angefochtene Beschluss in Kraft bleibt, legen die Berufungskläger nicht genügend konkret dar. Es reicht nicht zu sagen, der Beschluss stelle ein *fait accompli* dar und bedeute den Anfang vom Ende für das Spital Z.. Widersprüchlich werden die Beschwerdeführer dort, wo sie behaupten, die Erwägung der Vorinstanz, dass es für die Umsetzung

der Stiftungsratsbeschlusses vorheriger Urkundenänderungen bedürfe, spreche nicht gegen sondern für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie gehen nämlich handkehrum selbst und in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und der Gegenpartei davon aus, dass die Urkundenänderungen vom Stiftungsrat bei der Aufsichtsbehörde vorgängig zu beantragen sind. Damit räumen sie erstens ein, dass der Stiftungsrat diese Kompetenz hat und weiter, dass der angefochtene Beschluss selbst noch keinen solchen Änderungsantrag darstellt und bislang kein solcher Änderungsantrag gestellt wurde. Und wenn letzteres dennoch bereits erfolgt sein sollte oder demnächst erfolgen sollte, wären die Bedenken der Beschwerdeführer in jenem und nicht im hiesigen Verfahren anzubringen. Der Einwand der Berufungskläger, die Vorinstanz hätte bei der Beurteilung der vorsorglichen Massnahmen nicht prospektive Kriterien heranziehen dürfen, ist unzutreffend. Die verfahrensentscheidende Nachteilsprognose verlangt geradezu nach einer Klärung der mit einem solchen Akt verbundenen konkreten (Nachteils-)Wirkungen. Es kann durchaus sein, dass der vom Stiftungsrat im angefochtenen Beschluss aufgestellte Fahrplan stiftungsrechtlich letztlich unzulässig und gegebenenfalls zu beseitigen ist; dies ist indessen Gegenstand des Hauptverfahrens und muss nicht bedeuten, dass der Beschluss zwangsläufig schwerwiegende, nicht wieder gut zu machende Nachteile hervorruft, wenn er nicht sofort suspendiert wird. Entgegen den Befürchtungen der Berufungskläger wird denn auch das Hauptverfahren keineswegs gegenstandslos bei einer Ablehnung der vorsorglichen Massnahmen. Davon, dass die Destinatäre der Stiftung im Falle einer Ablehnung der vorsorglichen Massnahmen tatenlos zusehen müssten, wie die Änderungen der Stiftungsurkunde bewilligt würden, kann nicht die Rede sein. Die Ablehnung der aufschiebenden Wirkung leistet weder einer Stiftungsänderung Vorschub, noch vermag sie die Tatenlosigkeit der Destinatäre im angekündigten Abänderungsverfahren zu bewirken. Haben die Berufungskläger die ihnen konkret drohenden Nachteile nicht dargetan, ist die Berufung bereits aus diesem Grund unzulässig.

c. Die Stiftung hat im Vorfeld (act. 06.1.5) und im hiesigen Verfahren (act. 07) mehrfach bestätigt, dass mit dem angefochtenen Beschluss weder verbindlich beschlossen worden sei, eine Betriebs-AG mitzugründen noch die operative Leitung des Spital Z.s jetzt schon auf diese zu übertragen. Denn solches sei ihm aus eigener Kraft gar nicht möglich. Ein diesbezüglich wirksamer Beschluss könne erst dann erfolgen, wenn die entsprechende Organisationsänderungen vollzogen seien (act. 07, Berufungsantwort S. 8 f.). Der Stiftungsrat des Spital Z.s konnte und wollte demnach mit dem angefochtenen Beschluss vom 18. September 2002 der Gründung einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft und der Übertragung der gesamten operativen

Führung auf diese Betriebsgesellschaft gar nicht unmittelbar und bedingungslos zustimmen. Vielmehr stand die Zustimmung aufgrund der bereits vorhandenen Abklärungen unter dem Vorbehalt, dass diese Massnahme stiftungsrechtlich zulässig ist und die Anpassungen in den Stiftungsunterlagen von der zuständigen Umwandlungsbehörde genehmigt werden. Mit dem Beschluss ist allenfalls die Grundlage für entsprechende Vorbereitungshandlungen geschaffen worden. Es sollen Abklärungen über die Durchführbarkeit getroffen und Vorarbeiten für die konkret erforderlichen Änderungen in der Stiftungsgrundlagen sowie Entwürfe für einen möglichen Partnerschafts- und Gründungsvertrag mit den übrigen Spitalträgern in Chur und den Managementvertrag mit der Betriebsgesellschaft stattfinden. Der Stiftungsrat kann erst nach der rechtskräftigen Genehmigung der Organisationsänderung respektive unter einer entsprechenden Suspensivbedingung die Gründung der gemeinsamen Betriebsgesellschaft und die Übertragung der operativen Leitung beschliessen (act. 07, Berufungsantwort S. 10).

Wenn der Stiftungsrat im angefochtenen Beschluss vom 18. September 2002 "bedingungslos ja zum Spitalplatz Chur sagt", so ist darin bloss eine stiftungspolitische und programmatische Äusserung zu erblicken, welche unter Umständen, das heisst bei Hinzutreten weiterer Beschlüsse/Handlungen, dereinst dazu führen könnte, dass die erweiterte Grundversorgung des Spital Z.s aufzugeben ist. Sie bewirkt allein jedoch noch nichts; namentlich ist klar, dass damit die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung des Spital Z.s, jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt, nicht unmittelbar tangiert wird. Insofern ist die beanstandete Beschlussziffer 2, welche ihrer Natur nach nicht viel mehr als eine Absichtserklärung darstellt, per se ungeeignet, einen Nachteil zu bewirken. Mit der Ergänzung, das einstweilige Verbot solle nur insoweit erfolgen als "dadurch die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann", ist seitens der Berufungskläger denn auch implizite eingestanden, dass der konkrete Inhalt des angefochtenen Beschlusses noch gar nicht feststeht. Sie wissen es selbst nicht, und es geht auch nicht aus dem Beschluss hervor. Die Umsetzung der Beschlusses steht des weiteren zwangsläufig unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Änderungen der Stiftungsurkunde und/oder eines Stiftungsreglements (Organisation) durch die zuständige Umwandlungsbehörde. Dass der Stiftungsrat dannzumal nicht in dieser Weise an diese herantreten dürfe, wäre wenig einleuchtend, und wird seitens der Berufungskläger auch nicht ernsthaft geltend gemacht. Es ist somit fraglich, ob mit dem von den Berufungsklägern beanstandeten Beschluss allein überhaupt schon ein Eingriff in ihre Rechtsstellung und jene der Stiftung stattfindet. Die Berufungskläger können gegen die Änderungen von Urkunde und Reglement

antreten. Ihr Vorgehen gegen den Beschluss vom 18. September 2002 erscheint in diesem Sinne verfrüht.

d. Am ehesten könnte die Rechtsposition der Beschwerdeführer noch Nahrung finden bei der Frage der Mitbegründung einer Aktiengesellschaft als der künftigen gemeinsamen Betriebsgesellschaft für die 3 Spitäler, sowie bei der tatsächlichen Übertragung der operativen Leitung an diese Betriebsgesellschaft. Eine präjudizielle *rechtliche* Wirkung für die Hauptfrage ist darin zwar nicht zu sehen. Wenn indessen der Stiftungsrat dies tatsächlich ohne Verzug und unter Einsatz namhafter finanzieller Stiftungsmittel umsetzen würde, und sich nachher herausstellen würde, dass der feststehende Stiftungszweck eine sachliche Einschränkung der medizinischen Disziplinen und ein organisatorisches Zusammengehen verbietet, und die Urkunden auch nicht in diesem Sinne geändert werden können, würden sich entsprechende Aufwendungen der Stiftung (für Sitzungen, Experten-, Gründungs- und Beurkundungskosten, Rückgängigmachen umgesetzter Managementänderungen u. dergl.) als unnütz erweisen. Ihre Deckung hätte aus dem Stiftungsvermögen zu erfolgen. Überdies haftet das Spital Z. als Mitglied der einfachen Gesellschaft "Spitäler Chur" für die Schulden der einfachen Gesellschaft voll und geht damit ein gewisses Risiko ein. Daraus könnten Schäden wenigstens *tatsächlicher* Natur entstehen. Richtig ist, dass die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen hat, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird (Art. 84 Abs. 2 ZGB). Es kann nun aber nicht der Sinn dieser Aufsicht sein, jegliche Anstalten, welche die Anpassung der Stiftung an veränderte Verhältnisse ins Auge fassen, über die Kontrolle der Vermögensverwendung im Keim zu ersticken. Es muss möglich bleiben, Überlegungen anzustellen, Abklärungen durchzuführen und in beschränktem Umfang auch Vorbereitungshandlungen zu treffen, die letztlich darauf abzielen, den Stiftungszweck und/oder die Organisation abzuändern. Solche, mit gewissen Kosten verbundene Handlungen können ihre Legitimation systembedingt erst retroaktiv im Falle umwandlungsbehördlicher Zustimmung erhalten. Die gesetzlich vorgesehenen Anhörungen des obersten Stiftungsorgans bei der Organisations- und Zweckänderung (Art. 85/86 ZGB) nehmen daher billigend in Kauf, dass sich -im Falle des Scheiterns der angestrebten Organisations- und/oder Zweckänderung- rückblickend herausstellt, dass gewisse beschränkte Aufwendungen aus dem Stiftungsvermögen nutzlos waren (Art. 84 Abs. 2 ZGB). An diesem notwendigen Handlungsspielraum der Stiftung vermag die Tatsache, dass schon solche Absichten eines Stiftungsorgans ihren Niederschlag in einem Beschluss finden, nichts zu ändern. Die Stiftung muss zumindest die ungestörte Möglichkeit haben, sich dergestalt auf ein Abänderungsverfahren gehörig vorzubereiten. Dem System der ex-

ternen staatlichen Aufsicht immanant ist dabei, dass die Frage der Zulässigkeit des Ziels in diesem Zeitpunkt noch in der Schwebe ist. Von einem ins Gewicht fallenden Nachteil im eigentlichen Sinne kann man diesfalls kaum sprechen, beziehungsweise es steht nicht hinlänglich fest, ob ein solcher überhaupt entsteht.

Die Berufungskläger haben sowohl im Hauptverfahren als auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren den identischen Antrag gestellt, es sei dem Stiftungsrat zu verbieten, "bedingungslos ja zum Spitalplatz Chur zu sagen, soweit dadurch die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann". Es ist kaum zulässig, mit einem Zwischenentscheid den Entscheid über eine in der Hauptsache gleichlautende -und diese daher bindende- Frage erzwingen zu wollen. Nach dem eigenen Antrag der Berufungskläger müsste nämlich dafür die Zivilkammer bereits bei den vorsorglichen Massnahmen zum Schluss kommen, dass die im Stiftungszweck statuierte erweiterte Grundversorgung vom Spital Z. nicht mehr erbracht werden kann, wenn der Stiftungsrat bedingungslos ja zum Spitalplatz Chur sagt. Damit wäre der ausstehende Entscheid des Departements in der Hauptsache materiell vorweggenommen, was im Wege der eingeschränkten Überprüfung der vorsorglichen Massnahmen nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz sein kann. Man kann ferner auch nicht das -nicht feststehende- Resultat in der Hauptsache vorwegnehmen, um daraus den für die Weiterziehbarkeit des vorsorglichen Massnahmeentscheides notwendigen Nachteil zu konstruieren.

Weiter ist, angesichts der wiederholten Verlautbarungen des Stiftungsrats im Vorfeld und im Vernehmlassungsverfahren, auch in bezug auf die Fragen der Mitbegründung einer Aktiengesellschaft als der künftigen gemeinsamen Betriebsgesellschaft für die 3 Spitäler und der tatsächlichen Übertragung der operativen Leitung an diese, davon auszugehen, dass der angefochtene Beschluss nicht genügt, um zur Tat zu schreiten, sondern ihre unmittelbare Umsetzung *zeitlich vorausgehend* eine Änderung der Stiftungsgrundlagen bedingt. Ein nicht wieder gut zu machender Nachteil droht somit in diesem Stadium nicht, wenn der Beschluss vorläufig wirksam bleibt. Damit will indessen nicht im Sinne einer Hauptsacheprognose gesagt sein, dass der Beschluss keinerlei Beschwer für die Berufungskläger darstelle und sie im Hauptverfahren keinerlei Rechtsschutzinteresse an seiner Aufhebung hätten.

Ist einerseits nicht mit den erforderlichen Konkretisierungen behauptet, beziehungsweise nicht ersichtlich, dass durch die Verweigerung der Erteilung der auf-

schiebenden Wirkung oder einer ihr gleichkommenden Ablehnung von vorsorglichen Massnahmen den Berufungsklägern ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entsteht, und handelt es sich andererseits bei der Frage der Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen wegen drohenden Nachteilen um einen Spezialfall der sachlichen Rechtsmittellegitimation, ist die Berufung unzulässig, was zu einem Nichteintretensentscheid führen muss (vgl. BGE 116 Ib 344 E. 1c e contrario; RPW 1997 S. 243 ff. E. 1.4 e contrario; RVJ 1978 S. 382).

5. Die angefochtene Verfügung stammt vom 12. November 2002 und wurde tags darauf mitgeteilt. Mit Schreiben vom 28. November 2002 gelangten die Beschwerdeführer an die Vorinstanz mit dem Antrag, sämtliche Regierungsmitglieder, insbesondere aber Dr. Peter Aliesch (Vorsteher des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements) sowie sein Nachfolger Dr. Martin Schmid, das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement selbst sowie auch alle übrigen Departemente hätten sich sowohl im Massnahmeverfahren als auch im Hauptverfahren in den Ausstand zu begeben. Aus den Akten ergebe sich nämlich, dass sämtliche Genannten hinsichtlich des Spitalplatzes Chur eine vorgefasste Meinung hätten und daher den Anschein der Befangenheit erweckten.

Ein förmliches Rechtsbegehren dahin, dass der Vorsteher des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements, Regierungsrat Dr. Peter Aliesch, in den Ausstand zu treten habe, stellen die Berufungskläger -auch für den Fall der Rückweisung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz- nicht. Hingegen machen sie in der Berufungsbegründung geltend, die angefochtene Verfügung sei auch deshalb aufzuheben, weil ihnen der verfassungsmässige Richter dadurch vorenthalten worden sei, dass Regierungsrat Aliesch die angefochtene Verfügung erlassen habe.

a. Es ist zunächst fraglich, ob der Einwand der Befangenheit überhaupt selbständig mit Berufung vorgebracht werden kann, wenn in der hängigen Hauptfrage (vorsorgliche Massnahmen/aufschiebende Wirkung) die Berufung unzulässig ist. Ein förmlicher Zwischenentscheid über die Ausstandsfrage (analog Art. 45 Abs. 2 lit. b VwVG) liegt nicht vor; ebenso wenig liegt eine entsprechende Rechtsverweigerung (analog Art. 97 Abs. 2 OG) vor, haben doch die Berufungskläger das Ausstandsbegehren erstmals zwei Wochen nach Erlass des vorsorglichen Massnahmeentscheides gestellt, und rügen vorliegend nicht, dass die Vorinstanz noch nicht darüber entschieden habe.

b. Das VVG selbst enthält keine Regeln über den Ausstand von Verwaltungspersonen. Nach Art. 14 der Geschäftsordnung für die Regierung des Kantons

Graubünden vom 26. Februar 1972 (BR 170.320) hat ein Regierungsrat bei Geschäften im Kollegium (Abs. 1) und bei Tätigkeiten als Departementsvorsteher (Abs. 4) u.a. dann in den Ausstand zu treten, wenn er selbst an einem Beschluss ein unmittelbares privates Interesse hat oder wenn über Beschwerden gegen eigene Departementsverfügungen entschieden wird. Ein unmittelbares privates Interesse ist nur anzunehmen, wenn sich aus dem betreffenden Beschluss ein direkter persönlicher Vor- oder Nachteil ergeben kann (Abs. 2). Das Bundesverwaltungsverfahren (Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG) schreibt den Ausstand aus den hier in Frage kommenden Gründen ebenfalls nur dann vor, wenn die Person, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten hat, in der Sache ein persönliches Interesse hat. Die für Gerichte, das Verwaltungsgericht eingeschlossen, geltenden Ausstandsregeln (Art. 17 ff. GVG) können nicht unbesehen auf Regierungs- und Verwaltungsbehörden übertragen werden. Stellung und Aufgaben von Verwaltungsbehörden legen ein gegenüber Gerichtspersonen differenziertere Regelung nahe. Politische Behörden (Kantonsregierungen, Gemeindeexekutiven usw.) sind auf Grund ihres Amtes, anders als ein Gericht, nicht allein zur neutralen Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Die der Behörde gesetzlich zugeordneten Funktionen müssen insbesondere bei der Beurteilung der Tragweite von deren früheren Äusserungen oder Stellungnahmen in einer bestimmten Angelegenheit berücksichtigt werden. Zu politisch bedeutsamen Streitfällen oder umstrittenen Projekten haben sich die betreffenden Behördenmitglieder -sei es als Politiker oder im Rahmen ihrer bisherigen Amtstätigkeit- häufig schon vor oder ausserhalb der Durchführung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens eine bestimmte Meinung gebildet und diese unter Umständen in politischen Gremien oder in der Öffentlichkeit auch bereits geäussert. Dies allein kann verfassungsrechtlich noch nicht eine Ausstandspflicht begründen. Würden Meinungsäusserungen durch Mitglieder von Exekutiv- oder Verwaltungsbehörden zu einer in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Angelegenheit unabhängig von ihren Funktionen nach den strengen Regeln über die Ausstandspflicht für Mitglieder richterlicher Behörden beurteilt, würde die Verwaltungsrechtspflege (bzw. die Rechtsanwendung überhaupt) durch solche politische Behörden in vielen Fällen geradezu verunmöglicht. Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass Behördenmitglieder unmittelbar gestützt auf Art. 4 aBV grundsätzlich nur dann in den Ausstand zu treten haben, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben. Inwieweit sich auch aus weiteren Umständen verfassungsrechtliche Ausstandspflichten beziehungsweise Ablehnungsgründe ergeben können, muss stets fallbezogen entschieden werden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1P.208/2001 vom 16.7.2001 i.S. F., E. 3b und

5P.284/2000 vom 8.9.2000 i.S. X., E. 3b). Dass die verfassungsmässigen Anforderungen an den Ausstand im Verwaltungsverfahren in jeder Beziehung gleichartig wie jene im Gerichtsverfahren sind, wie die Berufungskläger geltend machen, kann dahingestellt bleiben. Praxisgemäss sind sie jedenfalls nicht gleich hoch. Dies muss allein schon aus Gründen der Erhaltung der Funktionstüchtigkeit einer Verwaltung gelten. Diese muss sich meist schon vorher eine eigene und fundierte Meinung bilden, beziehungsweise es handelt sich oft um Rechtsmittel gegen Verfügungen, die sie selbst getroffen hat oder deren Grundlagen von ihr selbst erarbeitet worden sind. Es ist geradezu die Aufgabe des Verwaltungsapparates und der Regierung als seiner Spitze, gestützt auf eingehende Abklärungen zu selbstsicheren Meinungen über die von ihr zu lösenden Problematiken zu gelangen. Dass es während diesen Abläufen und im Besonderen bei grossem öffentlichem Interesse für bedeutsame Projekte auch zu eindeutigen Meinungsäusserungen kommt, liegt in der Natur ihrer Aufgabe, und stellt in gewissem Sinn auch ein notwendiges Element demokratischer Willensbildung dar. Angesichts dieser systemimmanenten "Vorbefasstheit" der Verwaltung kann man nicht die gleichen Garantien wie im Gerichtsverfahren verlangen. Dieser Unterschied in der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Verwaltungsbehörden und Gerichten ist ganz erheblich, denn in ihm offenbart sich gerade einer der Hauptgründe, weswegen gestützt auf Art. 6 EMRK Ziff. 1 bereits auf kantonaler Ebene letztinstanzlich Streitigkeiten in bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (determination of civil rights and obligations) von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht (independent and impartial tribunal established by law) verhandelt werden müssen.

Polemische Stellungnahmen der Mitglieder der Regierung und der Departementsmitarbeiter, aus denen sich persönliche Geringschätzung, Abneigung oder gar Verunglimpfung einer am Verfahren beteiligten Partei, namentlich der Berufungskläger, ableiten liessen, werden hier zu Recht nicht ins Feld geführt, ebenso wenig, dass der Stiftung gezielt Rat erteilt worden sei. Zum Nachweis beziehungsweise als Ursache für die Befangenheit machen die Berufungskläger im wesentlichen nur geltend, es sei gerichtsnotorisch, dass sich Regierungsrat Aliesch in der Öffentlichkeit seit längerer Zeit klar für den Spitalplatz Chur ausspreche. Insbesondere seine Verlautbarungen in der Presse im Anschluss an den hier angefochtenen Beschluss des Stiftungsrates vom 18. September 2002, es handle sich um einen "glasklaren Entscheid und Sieg der Vernunft" und stelle "einen Durchbruch in der Weiterentwicklung des Spitalplatz-Projekts dar", würden derart imperativ zur Umsetzung des neuen Spitalplatzkonzepts "im Schnellzugstempo" aufrufen, dass prak-



tisch eine andere (gegenläufige) Einstellung dieses Mandatsträgers nicht mehr vorstellbar sei.

Meinungsäusserungen der Verwaltung, insbesondere von Mitgliedern politischer Behörden in der Presse sind zulässig, selbst wenn sie sich auf hängige Verwaltungsverfahren beziehen (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. ZH 2002, S. 130). Anzufügen ist sogleich, dass sich der Vorsteher des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements, soweit auf Grund der Akten ersichtlich, in der Presse nur allgemein zum neuen Spitalplatz Chur, in bezug auf die rechtlichen Einzelschicksale der Stiftungen/Spitäler nicht einlässlich und hinsichtlich der hängigen Aufsichtsbeschwerde der Berufungskläger gar nicht geäußert hat. Im Vordergrund steht bei der Frage des Ausstands im Verwaltungsverfahren die Prüfung, ob der Beamte ein persönliches Interesse hat beziehungsweise ob der Anschein eines solchen besteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A.4/2001 vom 10.7.2001 i.S. Stiftung Rau für die Dritte Welt, E. 2a). Das ist in bezug auf Regierungsrat Aliesch, mit der Behauptung, er habe sich kurz vor seinem Ausscheiden als Regierungsrat -aus dem Schatten der "Affäre Papadakis" tretend- lediglich persönlich profilieren wollen, indem er das Projekt noch während seiner Amtszeit abschliesse, nicht glaubhaft dargetan. Auch die weiteren Vermutungen, Regierungsrat Aliesch wolle sich auf diese Weise bloss eigennützig für spätere Mandate in der Privatwirtschaft empfehlen, und er könnte dereinst sogar Verwaltungsratspräsident der zu gründenden Betriebsgesellschaft werden oder als Nationalrat kandidieren, sind bloss theoretischer Natur und damit nicht geeignet, ihn als befangen erscheinen zu lassen. Regierungsrat Aliesch hat in Erfüllung seines gesetzlichen Auftrages als Sanitätsdirektor für eine effiziente/kostengünstige medizinische Versorgung im Sinne des Gesundheitsgesetzgebung (Gesetz über die Förderung der Krankenpflege und der Betreuung von betagten und pflegebedürftigen Personen (Krankenpflegegesetz) sowie Vollziehungsverordnung dazu, BR 506.000/ 506.050) zu sorgen, gehandelt. Er hat sich wohl in bezug auf das Ziel des gemeinsamen Spitalplatzes Chur unter einem Dach öffentlich wiederholt und sehr bestimmt, in Bezug auf das rechtliche Einzelschicksal des Spital Z.s jedoch nicht zu bestimmt, im Sinne einer unumstösslichen Selbstbindung, geäußert. Die klaren und wiederholten Stellungnahmen zu Gunsten des Umsetzungskonzepts waren zum einen durch die Brisanz des Projekts bedingt und mögen weiter auch darauf zurückzuführen sein, dass Regierungsrat Aliesch insofern eine Doppelrolle zukam, als er neben dem aus der Gesundheitsgesetzgebung hervorgehenden allgemeinen Auftrag auch die besonderen Interessen des Kantons als Träger des Frauenspitals Fontana zu wahren hatte (Verordnung über die Organisation des Kantonalen Frauenspitals Fontana vom 29. Oktober 1991, BR 506.400).

Es kann nun aber nicht sein, dass ein Regierungsrat sich nicht pointiert zu Sachgeschäften äussern darf, nur um sich stets den grösstmöglichen Anschein von Unbefangenheit zu bewahren. Eine Lähmung der Regierungs- und Verwaltungsgeschäfte wäre die unweigerliche Folge. Solange der Boden der Sachlichkeit nicht verlassen wird, was nur dann zuträfe, wenn durch positiv oder negativ gefärbte Bemerkungen Sympathien oder Antipathien gegenüber Verfahrensparteien zum Ausdruck gebracht werden (vgl. Schindler, a.a.O., S. 130/133 f.), und was die Berufungskläger nicht mit konkreten Hinweisen plausibel machen, kann nicht mit Erfolg behauptet werden, es mache den Anschein, ein Beamter könnte, auf den eigenen materiellen Vorteil oder ideelles Ansehen bedacht, das Recht unterdrücken.

c. Im übrigen ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer zwei Wochen nach Erlass der angefochtenen Verfügung mit ihrem Ausstandsbegehren reichlich spät kommen. Ausstandsbegehren sind selbst im Gerichtsverfahren unter Verwirkungsfolge sofort nach Bekanntwerden der Ausstandsgründe zu stellen (PKG 1998 Nr. 15 E. 2). Entgegen der Ansicht der Berufungskläger waren sie diesbezüglich keineswegs im Ungewissen, weil man ihnen nicht vorgängig ausdrücklich mitgeteilt hat, wer am Entscheid mitwirkt. Die "personelle Zusammensetzung des Entscheidungsgremiums" im vorinstanzlichen Verfahren musste ihnen nicht besonders bekannt gegeben werden, ist diese doch durch das Gesetz von vorneherein bestimmt (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 4 EGZGB i.V.m. Art. 4 der Verordnung betreffend die Aufsicht über die Stiftungen, BR 219.100 und Art. 25 Ziff. 2 A. lit. c der Geschäftsordnung für die Regierung des Kantons Graubünden, BR 170.320). Dies gilt im Speziellen auch dann, wenn man die Möglichkeit der gegenseitigen Vertretung von Regierungsratsmitgliedern in den einzelnen Departementen in Betracht zieht. Denn die Beschwerdeführer wollten und wollen sämtliche Mitglieder der Regierung sowie alle Departemente im Ausstand sehen (act. 06.1.2, Schreiben der Berufungskläger vom 28. November 2002 an das Amt für Zivilrecht). Analog dem Gerichtsverfahren ist zu verlangen, dass als befangen angesehene Personen so früh als möglich abzulehnen sind. Wer dies nicht unverzüglich tut, nachdem er vom Ausstandsgrund und der Zusammensetzung der entscheidenden Behörde Kenntnis erlangt hat, sondern damit zuwartet und Einwände dieser Art erst später (im Rechtsmittelverfahren etwa) vorbringt, verstösst gegen Treu und Glauben und verwirkt seinen Anspruch (BGE 117 Ia 323; Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., S. 40, Rz 177). Art. 20 GVG sieht denn auch vor, dass Ausstandsgründe innert zehn Tagen seit dem oben genannten Zeitpunkt vorzubringen sind. Nachdem den Berufungsklägern die vermeintlichen Gründe (Presseverlautbarungen) längst bekannt waren und sie sämtliche in Frage kommenden Entscheidungsträger ablehnten, hätten sie ihr Ausstandsbegehren umgehend,

das heisst bereits mit der Aufsichtsbeschwerde vom 10. Oktober 2002, vorbringen müssen.

d. Ferner ist festzustellen, dass ein im vorinstanzlichen Verfahren infolge Nichtbeachtung von Ausstandsgründen allenfalls eingetretener Verfahrensmangel als durch das Berufungsverfahren geheilt gelten müsste (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A.4/2001 vom 10.7.2001 i.S. Stiftung Rau für die Dritte Welt, E. 2a a.E.).

e. Für das vor der Vorinstanz laufende Hauptverfahren bilden die berufungsklägerischen Ausstandsbegehren keine Frage der vorliegenden Berufung. Im Hauptverfahren ist das -in bezug auf den ausgeschiedenen Regierungsrat Aliesch mittlerweile offensichtlich gegenstandslose- Ausstandsbegehren bei der Vorinstanz hängig (act. 06.1.2).

6. Die Berufungskläger halten schliesslich dafür, das Departement habe ihren verfassungsmässigen Anspruch auf das rechtliche Gehör missachtet, indem es nur eines von vier formell gestellten Rechtsbegehren behandelt (a.), ihr Recht auf Teilnahme an allen Verhandlungen und Beweiserhebungen durch Nichteinladung zur departementalen Anhörung des Stiftungsratspräsidenten vereitelt (b.), und ihnen vollständige Akteneinsicht verweigert habe (c.).

a. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ergeht in der Regel aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage; weder Sachverhalt noch Rechtslage müssen in diesem Rahmen endgültig geklärt werden (Kölz/Bossart/Röhl, a.a.O., § 6 N 1). Die Vorinstanz hat erwägend ausgeführt, die Massnahmen seien nicht nur unzweckmässig sondern auch unnötig, weil nach einstweiliger Prüfung der Rechtslage ein Beitritt der Stiftung "Spital Z. Chur" zum Spitalplatz Chur unter Einschluss der Gründung einer Betriebsgesellschaft wie auch der Abschluss von Managementverträgen einer vorherigen Urkundenänderung bedürften. Sollten derartige Rechtshandlungen vorher getätigt werden, müssten sie, jedenfalls für das Frauenspital Fontana und die Stiftung "Spital Z. Chur" mit einer entsprechenden Suspensivbedingung ausgestattet werden. Darin kommt implizite zum Ausdruck, dass sich vorher getätigte Umsetzungshandlungen leicht wieder ändern liessen. Damit hat sie in erkennbarer Weise zu verstehen gegeben, dass sie aus diesem Grund die notwendige Grundlage für sämtliche Begehren der Beschwerdeführer um einstweiligen Rechtsschutz als nicht gegeben erachtete. Auch wenn die Behandlung und Ablehnung aller vier formellen Begehren nicht im einzelnen klar und jedes für sich erfolgt ist, so ergibt sich doch aus der vorinstanzlichen Erwägung, dass die Ziff. 2

und 3 des angefochtenen Stiftungsratsbeschlusses keine unmittelbaren Folgen hätten, mit hinreichender Verständlichkeit ihre Einschätzung, dass der Beschluss allein keinerlei nicht wieder gut zu machenden Nachteile für die Beschwerdeführer heraufbeschworste. Damit hat eine genügende Auseinandersetzung mit ihren Rechtsbegehren stattgefunden.

b. Die Aufsichtsbeschwerde wurde der Stiftung schriftlich zur Vernehmlassung bis am 8. November 2002 zugestellt, mit dem Hinweis die Aufsichtsbehörde habe zu prüfen, ob vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen zu verfügen seien. Am 28. Oktober 2002 fand ein Vortritt des Stiftungsratspräsidenten H. statt, an welchem er zum Thema der vorsorglichen Massnahmen befragt wurde und worüber eine Aktennotiz erstellt wurde. Die Berufungskläger rügen eine Verletzung ihres Rechts auf Teilnahme an allen Verhandlungen und Beweiserhebungen. Bei dieser Befragung habe es sich jedenfalls um eine parteiöffentliche Verhandlung, allenfalls sogar um eine Beweiserhebung gehandelt. Zuzufolge Nichteinladung sei ihnen insbesondere verwehrt worden, den Stiftungsratspräsidenten zu befragen. Damit sind sie nicht zu hören. Gemäss Art. 7 VVG haben die Verwaltungsbehörden den von einem Entscheid Betroffenen Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zu geben. Nach Art. 24 VVG ist im Verwaltungsbeschwerdeverfahren die Beschwerde der beklagten Behörde zuzustellen und diese zur Stellungnahme innert angemessener Frist sowie zur Vorlage ihrer Akten aufzufordern. Weiteren Beteiligten kann ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Wenn nötig, wird ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Diese Vorschriften über den Schriftenwechsel verbieten nicht, eine Stellungnahme nur mündlich einzuholen. Dies vorliegend um so mehr nicht, als sich das Thema auf die vorsorglichen Massnahmen beschränkte und diese Frage eilte, so dass die Vorinstanz naturgemäss vor der Hauptsache zu einem Entscheid kommen wollte. Durch ihren Antrag, die Massnahmen seien superprovisorisch, mithin ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen, waren es nicht zuletzt die Beschwerdeführer, welche auf einen möglichst schnellen Zwischenentscheid drängten. Diesem Ziel war der Verzicht auf eine schriftliche Stellungnahme zugunsten einer mündlichen dienlich. Um eine Verhandlung nach dem Unmittelbarkeitsprinzip handelte es sich bei dieser Anhörung ebensowenig wie um eine Zeugenbefragung. So wie der Stiftung kein Recht einzuräumen war, die Beschwerdeführer anlässlich der Abgabe ihrer Aufsichtsbeschwerde persönlich zu zitieren und zusätzlich zu befragen, war auch den Berufungsklägern keine Möglichkeit einzuräumen, den Stiftungsratspräsidenten als Partei oder als Zeuge zu befragen. Den Berufungsklägern, welche die vorsorglichen Massnahmen begehrt hatten, war das rechtliche Gehör bereits durch das eigene Rechtsbegehren gewährt worden.

c. Die Berufungskläger rügen schliesslich eine Gehörsverletzung dadurch, dass ihnen eine vollständige Einsicht in die Verfahrensakten verweigert worden sei. Eine über die Befragung des Stiftungsratspräsidenten erstellte Aktennotiz sei ihnen erst auf zweite Anfrage hin ausgehändigt worden. Da ihnen die Akten des vorsorglichen Massnahmeverfahrens samt Aktennotiz über den Vortritt des Stiftungsratspräsidenten tatsächlich zur Kenntnis gelangten, ist nicht einzusehen, inwiefern ihnen durch eine -folgenlose- Verzögerung das Akteneinsichtsrecht verweigert worden sein soll. Falls es sich um eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts handeln sollte, dann um eine geringfügige Verletzung, welche in dem mit umfassender Kognition ausgestatteten Berufungsverfahren durch das vollumfängliche Einsichtsrecht vollständig geheilt wurde.

7.a. Bezüglich der Verfahrenskosten und Prozessentschädigung ist eine gleichgerichtete Interessenlage wie im Vormundschaftsrecht (vgl. dazu PKG 1995 Nr. 6 E. 4a/c) hier deshalb nicht gegeben, weil sich zum einen zwei Privatrechtssubjekte gegenüber stehen und das EGZGB im Gegensatz zum Bereich des Vormundschaftsrechts (Art. 58) bei der Stiftungsaufsicht keine eigene Kostenordnung kennt. Aufgrund der Verweisung von Art. 64 Abs. 4 EGZGB kommt daher die ZPO sinngemäss zur Anwendung (vgl. auch Urteil der Zivilkammer vom 14.10.2002 i.S. W.E. gegen A. Stiftung, ZF 02 32, E. D/E).

b. Ist die Berufung in allen Teilen abzuweisen, sind diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO vollständig den unterliegenden Berufungsklägern zu überbinden.

c. Die Berufungsbeklagte hat eine Vernehmlassung eingelegt und beantragt, ihr eine, nicht näher bezifferte Prozessentschädigung zu Lasten der Berufungskläger zuzusprechen. In Anwendung von Art. 122 Abs. 2 ZPO haben die Berufungskläger, im gleichen Verhältnis wie sie kostenpflichtig werden, die obsiegende Berufungsbeklagte für deren notwendigen Umtriebe im Berufungsverfahren grundsätzlich zu entschädigen. Zu ersetzen sind alle durch das Verfahren notwendigerweise verursachten Kosten. Parteikosten sind praxisgemäss dann und insofern als notwendig zu betrachten, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung als unerlässlich erscheinen. Die Berufungsbeklagte war im Berufungsverfahren nicht anwaltlich vertreten. Lässt sich eine obsiegende Partei im Berufungsverfahren nicht durch einen patentierten Rechtsanwalt vertreten, hat sie im Normalfall keinen Anspruch auf eine Prozessentschädi-

gung. Zieht die Partei einen Vertreter bei, der nicht patentierter Rechtsanwalt ist, oder verfährt sie ihre Sache selbst, so können behauptete Parteikosten nur unter dem Titel des Auslagenersatzes oder weiterer durch den Prozess verursachter Umtriebe der Partei selber entschädigt werden. Derartige Auslagen/Umtriebe sind jedoch nur ausnahmsweise, wo besondere Verhältnisse es rechtfertigen, zu ersetzen, beispielsweise wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt und die gehörige Interessenwahrung einen Arbeitsaufwand notwendig machte, der den Rahmen dessen überschreitet, was der Ansprecher oder dessen Organe üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten auf sich zu nehmen haben (vgl. VPB 66 Nr. 3, BGE 125 II 518 E. 5b, 113 Ib 353 E. 6b; Kölz/Häner, a.a.O., Rz 1014).

Dass die Ausarbeitung einer 12-seitigen Rechtsschrift als Antwort auf eine 18-seitige Berufungsschrift, verbunden mit entsprechendem Studium der Akten und Konsultation der Rechtsquellen, an sich ein erhebliches Zeitversäumnis darstellt ist offensichtlich. Weiter ist festzustellen, dass eine solche Verrichtung auch nicht zum üblichen Geschäftsgang der Stiftung Spital Z. Chur gehört und insofern einen Verfahrensschaden darstellt, als die betreffenden Personen während dieser Zeit nicht ihren angestammten Aufgaben nachgehen konnten. Der getätigte und objektiv als erforderlich zu bezeichnende Aufwand sprengt das, was einem Stiftungsratspräsidenten an Aufwand zur Besorgung von Rechtshändeln nebenher noch zugemutet werden kann. Der Entschädigungsanspruch ist daher, auch bei Fehlen einer anwaltlicher Vertretung, im Grundsatz zu bejahen. Eine hilfsweise Anwendung der Honorarordnung des Anwaltsverbandes (vgl. PKG 1989 Nr. 11 E. 3a) kommt mangels Vertretung durch einen patentierten Rechtsanwalt von vorneherein nicht in Betracht. Da das Ausmass des parteieigenen Schadens ferner weder behauptet noch belegt wurde, setzt die Zivilkammer die Prozessentschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen, auf Grund der für eine gehörige Darlegung des eigenen Rechtsstandpunkts erforderlichen Aufwendungen, wie sie sich aus der Aktenlage ergeben, fest. Die vorliegende Situation ist vergleichbar mit jener, in der ein Rechtsanwalt in eigener Sache prozessiert und eine Reduktion auf die Hälfte des Anwaltstarifs angemessen ist (vgl. Frank/Streuli/Messmer, Kommentar ZPO ZH, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 69), oder mit jener der selbst prozessierenden Partei, die nicht Rechtsanwalt ist, und in der eine Reduktion zwischen einem Drittel und der Hälfte des Anwaltstarifs angemessen ist (ZR 61 Nr. 52 E. 7 S. 109).

**Demnach erkennt die Zivilkammer :**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'480.—, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.— und der Schreibgebühr von Fr. 480.—, gehen unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten von X. und der Vereinigung P..
3. X. und die Vereinigung P. sind solidarisch verpflichtet, die Stiftung Spital Z. Chur für das Berufungsverfahren mit 1'500 Franken zu entschädigen.
4. Mitteilung an:

---

**Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden**

**Der Vizepräsident:**

**Der Aktuar:**