



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

Ref.:
AB 08 34

Chur, 21. Oktober 2008

Schriftlich mitgeteilt am:

Beschluss

Justizaufsichtskammer

Vorsitz	Präsident Brunner
RichterInnen	Rehli, Sutter-Ambühl, Tomaschett-Murer und Giger
Aktuar	Engler

In der Justizaufsichtsbeschwerde

des Z., Kläger, Gesuchsteller und Beschwerdeführer, sowie der Y., Klägerin, Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Alexander R. Lecki, Stadthausstrasse 39, Postfach 232, 8402 Winterthur, gegen

den Entscheid des Bezirksgerichts L a n d q u a r t vom 2. Juli 2008, mitgeteilt am 10. September 2008, in ihrer Eigentums- und Grenzscheidungsstreitsache gegen X., Beklagter, Gesuchs- und Beschwerdegegner, W., Beklagter, Gesuchs- und Beschwerdegegner, sowie U. und V., Beklagte, Gesuchs- und Beschwerdegegner, alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Hermann Just, Salishaus, Masanserstrasse 35, Postfach 414, 7001 Chur,

betreffend den Ausstand der (weiteren) Beschwerdegegner
lic. iur. T., lic. iur. S. und lic. iur. R.,

hat sich ergeben:

A. In einer beim Bezirksgericht Landquart anhängigen Eigentums- und Grenzscheidungsstreitsache, in welcher sich Z. und Y. als Kläger sowie X., W. und U. und V. als Beklagte gegenüberstanden und in welcher die Beklagten Widerklage wegen Verletzung von Persönlichkeitsrechten erhoben hatten (Proz. Nr. 110-2007-13), wurden die Parteien mit Verfügung vom 18. April 2008 auf den 02. Juli 2008 zur mündlichen Hauptverhandlung aufgeboden. Das Gericht tagte zum vorgesehenen Zeitpunkt in der Zusammensetzung lic. iur. T. (Vizepräsident), lic. iur. S., Q., P., O. (Richterin und Richter) und lic. iur. R. (Aktuar).

Mit Urteil vom 02. Juli 2008, mitgeteilt am 10. September 2008, wies das Bezirksgericht Landquart die Klage ab (Ziff. 1 des Dispositivs), während die Widerklage gutgeheissen wurde (Ziff. 2 des Dispositivs). Die vermittleramtlichen Kosten von Fr. 250.00 sowie jene des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens von Fr. 6828.00 gingen unter solidarischer Haftung zu Lasten der Kläger, welche überdies solidarisch verpflichtet wurden, den Beklagten eine Umtriebsentschädigung von insgesamt Fr. 16'486.80 zu bezahlen (Ziff. 3 des Dispositivs).

Hiergegen liessen Z. und Y. am 06. Oktober 2008 bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts Berufung einlegen mit dem Begehren, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen, während auf die Widerklage mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten sei; eventualiter sei lediglich die Ziff. 1 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an das Bezirksgericht Landquart zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Das Berufungsverfahren (ZF 08 76) befindet sich zurzeit im Stadium des Schriftenwechsels.

B. Mit Eingabe vom 01. Juli 2008 liessen Z. und Y. beim Bezirksgerichtspräsidium Landquart das Begehren stellen, es hätten im Proz. Nr. 110-2007-13 Vizepräsident T., Richter S. und Aktuar R. wegen Befangenheit im Sinne von Art. 42 lit. b und g GOG in den Ausstand zu treten. Im Begleitschreiben hierzu vertrat Rechtsanwalt Lecki die Meinung, dass so lange, als die Ausstandsfrage nicht rechtskräftig erledigt sei, zu den materiellen Streitpunkten gar nicht verhandelt werden und somit kein Sachurteil ergehen könne. Er werde deshalb an der Verhandlung vom 02. Juli 2008 nicht teilnehmen.

Z. und Y. erschienen hingegen zur mündlichen Hauptverhandlung und verlasen nach deren Eröffnung eine Erklärung ähnlichen Inhalts, wie sie ihr Rechtsvertreter im Begleitschreiben vom 01. Juli 2008 abgegeben hatte. Überdies gaben sie je eine schriftliche Ausfertigung des Ausstandsbegehrens und ihrer mündlichen Erklärung zu den Akten. In der Folge verliessen sie den Gerichtssaal, unbesehen des Umstandes, dass ihnen beschieden worden war, dass die Verhandlung nach einer allfälligen Abweisung des vorab zu beurteilenden Ausstandsbegehrens fortgesetzt werde.

C. Mit Entscheid vom 02. Juli 2008, mitgeteilt am 10. September 2008, erkannte das Bezirksgericht Landquart in der Besetzung Q., P. und O. in Abwesenheit der übrigen Gerichtspersonen:

- „1. *Das Ausstandsbegehren von Z. und Y. vom 1. Juli 2008 gegen lic. iur. T., lic. iur. S. und lic. iur. R. wird vollumfänglich abgewiesen.*
2. *Die Kosten des vorliegenden Verfahrens vor Bezirksgericht Landquart, bestehend aus:*

▪ <i>einer Gerichtsgebühr von</i>	<i>Fr. 385.00</i>
▪ <i>einer Schreibgebühr von</i>	<i>Fr. 176.00</i>
▪ <i>Barauslagen von</i>	<i><u>Fr. 55.00</u></i>
▪ <i>total somit</i>	<i><u>Fr. 616.00</u></i>

werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. *(Rechtsmittelbelehrung)*
4. *Mitteilung an:“*

D. Hiergegen liessen Z. und Y. am 29. September 2008 bei der Justizaufsichtskammer des Kantonsgerichts Beschwerde einreichen, wobei sie ihr ursprüngliches Ausstandsbegehren aufrechterhielten. Es lautet:

„Es sei der vom Bezirksgericht Landquart mit Datum vom 2. Juli 2008 unter Prozess-Nummer 110-2007-13 gefällte Ausstandsentscheid aufzuheben, und es seien Bezirksgerichtsvizepräsident lic. iur. T., Bezirksrichter lic. iur. S. und Aktuar lic. iur. R. im Prozess Nummer 110-2007-13 in Sachen der Antragsteller gegen X., W. sowie U. und V. betreffend Eigentumsklage/Grenzscheidungsklage zu verpflichten, gestützt auf Art. 42 lit. b und lit. g GOG, in den Ausstand zu treten.“

E. T. und S. beantragten, es sei die Beschwerde abzuweisen, während R. und die restlichen Beschwerdegegner auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichteten.

Die Justizaufsichtskammer zieht in Erwägung:

1. Ist umstritten, ob ein Mitglied einer richterlichen Kollegialbehörde in den Ausstand zu treten hat oder ob gar mehrere Angehörige zu einem solchen Schritt verpflichtet sind, entscheidet hierüber gemäss Art. 46 Abs. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) das in der Hauptsache zuständige Gericht in Abwesenheit der beanstandeten Gerichtspersonen. Sofern dabei in einem Fünfergericht nicht mindestens drei, in einem Dreiergericht nicht mindestens zwei Richterinnen oder Richter übrig bleiben, werden die erforderlichen Stellvertreterinnen und Stellvertreter einberufen (Art. 46 Abs. 2 GOG). Handelt es sich bei der erkennenden Behörde um ein erstinstanzliches, auf dem Gebiet der Zivil- und Strafrechtspflege tätiges Gericht, kann dessen Entscheid über die umstrittene Ausstandsfrage innert zehn Tagen seit Mitteilung mit Beschwerde bei der Justizaufsichtskammer des Kantonsgerichts angefochten werden (Art. 46 Abs. 4 GOG). Nach der langjährigen Rechtsprechung galt diese Weiterzugsmöglichkeit bereits unter der Herrschaft des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG), welches noch keine entsprechende ausdrückliche Regelung gekannt hatte (vgl. PKG 1983-16-83 ff., 1984-17-56 ff., 1990-19-73, 1991-33-120 sowie aus jüngerer Zeit etwa den Beschluss AB 05 38 vom 23. Januar 2006 E. 2).

Im vorliegenden Fall geht es um den Ausstand von zwei Mitgliedern der in Fünferbesetzung tagenden Zivilkammer des Bezirksgerichts Landquart sowie um jenen des für die Teilnahme an der Hauptverhandlung und die Urteilsredaktion beigezogenen Aktuars. Da die Betroffenen bestritten, befangen zu sein, befanden über das Ausstandsbegehren in deren Abwesenheit die drei übrigen für die Einsitznahme vorgesehenen, unbeanstandet gebliebenen Gerichtsmitglieder, und dies in einem separaten Erkenntnis vom 02. Juli 2008, das am 10. September 2008 schriftlich mitgeteilt wurde und am 17. September 2008 dem Rechtsvertreter von Z. und Y. zugeing. Hierbei handelt es sich nach dem Gesagten also um einen Entscheid, der an sich der Beschwerde an die Justizaufsichtskammer unterlag. Da das Rechtsmittel noch vor Ablauf der zehntägigen Weiterzugsfrist ergriffen wurde – wegen des Samstags und Sonntags vom 27. und 28. September 2008 fiel der letzte Tag auf den nächstfolgenden Montag – und da die Eingabe vom 29. September 2008 ausserdem den üblichen Formerfordernissen genügt – sie enthält ein Rechtsbegehren und eine Begründung –, könnte darauf grundsätzlich eingetreten werden.

Mit ihrem schriftlich gestellten Ausstandsbegehren vom 01. Juli 2008, welches sie am folgenden Tag anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Landquart ausdrücklich bekräftigten, verfolgten Z. und Y. den Zweck, dass T., S. und R. in der Streitsache mit X., W. und U. und V. (Proz. Nr. 110-2007-13) nicht länger tätig werden und damit für die Durchführung der mündlichen Verhandlung samt Beratung und Entscheidungsfindung nicht mehr im Gericht Einsitz nehmen dürften. In der Zwischenzeit ist nun aber bereits das Sachurteil ergangen und mittels Berufung bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts angefochten worden, so dass der Prozess nicht mehr beim Bezirksgericht Landquart, sondern bei der Berufungsinstanz anhängig ist. Das gegen erstinstanzliche Gerichtspersonen gerichtete Ausstandsbegehren ist damit ebenso gegenstandslos geworden wie die Beschwerde, mit welcher der Entscheid über dessen Ablehnung angefochten und die Beachtung der geltend gemachten Ausstandsgründe durch das Bezirksgericht Landquart angestrebt wird. Darauf kann also mangels eines genügenden Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden.

2. Dies bedeutet freilich nicht, dass Z. und Y. mit ihren anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Landquart geäusserten Bedenken hinsichtlich der Unvoreingenommenheit von T., S. und R. nunmehr von vornherein endgültig ausgeschlossen sind. Grundsätzlich bleibt – ein genügendes Rechtsbegehren vorausgesetzt – immer noch die Möglichkeit, dass das mit Berufung angefochtene Sachurteil in Gutheissung dieses Rechtsmittels mit der Begründung aufgehoben wird, es hätten befangene Richter an der Entscheidungsfindung mitgewirkt, und dass die Streitsache demzufolge zu neuer Entscheidung in geänderter Komposition an das untere Gericht zurückgewiesen wird. Zu solchen Anordnungen befugt ist indessen nicht die Justizaufsichtskammer, sondern die im ordentlichen Weiterzugsverfahren für die Beurteilung von Berufungen zuständige Zivilkammer. Insoweit hat also auch sie sich mit Ausstandsfragen zu befassen. Das GOG geht von nichts anderem aus. Soweit ein Ausstandsgrund erst im Zeitpunkt der Urteilsfällung (also an der mündlichen Hauptverhandlung) oder noch später (aufgrund der schriftlichen Urteilsausfertigung) bekannt wird, sieht Art. 44 Abs. 2 GOG nämlich vor, dass er auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg geltend zu machen sei (vgl. auch Botschaften der Regierung an den Grossen Rat 2006/2007 S. 526), in Fällen wie dem vorliegenden also bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts. Diese Regelung beruht auf der richtigen Annahme, dass mit dem Erlass des Sachurteils kein Raum

mehr bleibt für ein Verfahren nach Art. 46 GOG. Analog muss Gleiches vernünftigerweise aber auch dann gelten, wenn ein an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gestelltes Ausstandsbegehren in Beachtung der Vorschrift von Art. 46 Abs. 1 GOG abgewiesen wird, anschliessend das Sachurteil ergeht und in der Folge beide Erkenntnisse (der ablehnende Ausstandsentscheid und das Haupturteil) in separaten Ausfertigungen schriftlich eröffnet werden, sei es gleichzeitig oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Angesichts des Umstandes, dass bereits ein Sachurteil gefällt wurde, kann ein Tätigwerden der Vorinstanz in geänderter Komposition wiederum höchstens über dessen Anfechtung im ordentlichen Weiterzugsverfahren erreicht werden, womit auch hier die Möglichkeit, das Ausstandsbegehren auf dem Beschwerdeweg durch die Justizaufsichtskammer beurteilen zu lassen, hinfällig wird. Erst recht ist dem so, was im Übrigen bereits unter der Herrschaft des GVG Praxis war (vgl. das Urteil ZF 07 20 vom 09. Juli 2007, zur Publikation vorgesehen in PKG 2007-2-12), wenn die Begründung für die Ablehnung des Ausstandsbegehrens ins Sachurteil integriert wird. Ewas anderes gilt in Fällen wie dem vorliegenden, wenn die erstinstanzliche Hauptverhandlung wegen des Rückweisungsrisikos abgebrochen und das Hauptverfahren so lange ausgesetzt wird, bis im separaten Beschwerdeverfahren ein abschliessender Entscheid zur Ausstandsfrage vorliegt. Eine gesetzliche Verpflichtung, stets so vorzugehen, besteht indessen nicht; dies aus gutem Grund, könnte doch sonst selbst durch völlig haltlose Ausstandsbegehren noch im Stadium der Hauptverhandlung eine Verfahrenssistierung erwirkt werden. Es bleibt also beim Nichteintretensentscheid. Wenn im eben angeführten Urteil ZF 07 20 nebst dem Hinweis auf die Befugnis der Berufungsinstanz zur Überprüfung der Ausstandsfrage betont wird, dass bei selbständigen vorinstanzlichen Zwischenentscheiden in diesem Bereich der Beschwerdeweg an die Justizaufsichtskammer zu beschreiten sei, muss sich dies angesichts des Umstandes, dass auf die Problematik paralleler Weiterzüge nicht näher eingegangen wird, nach dem jetzt Gesagten auf jene Fälle beziehen, in denen das Sachurteil noch aussteht und das Hauptverfahren nach Erledigung des Ausstandsstreites vor der ersten Instanz fortgeführt werden kann.

Bei dieser Ausgangslage wird die mit der Hauptsache befasste Zivilkammer darüber zu befinden haben, ob das Festhalten am ursprünglichen Ausstandsbegehren in einer Beschwerde an die Justizaufsichtskammer als gültigen Berufungsantrag verstanden werden muss, wonach das Urteil des

Bezirksgerichts Landquart vom 02. Juli 2008 wegen des Einsitzes voreingenommener Gerichtspersonen aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung und zu neuer Entscheidung in geänderter Zusammensetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Diesen Entscheid darf die Justizaufsichtskammer nicht vorwegnehmen.

3. Im Weiterzugsverfahren vor Kantonsgericht in Ausstandsfragen werden den Beteiligten in aller Regel keine Gebühren in Rechnung gestellt.

Demnach beschliesst die Justizaufsichtskammer:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens gehen zu Lasten des Kantons Graubünden.
3. Gegen diesen selbständigen Vorentscheid über eine Ausstandsfrage kann gemäss Art. 92 in Verbindung mit Art. 72 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden. Sie ist dem Bundesgericht innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung schriftlich in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an:

**Für die Justizaufsichtskammer
des Kantonsgerichts von Graubünden**

Der Präsident

Der Aktuar