



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

Ref.:
JAK 10 11

Chur, 03. Mai 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Beschluss

Justizaufsichtskammer

Vorsitz	Präsident Brunner
RichterInnen	Vizepräsident Schlenker und Kantonsrichter Bochsler
Redaktion	Aktuar Engler

In der Justizaufsichtssache

des Kreisamtes Z., Gesuchsteller,

gegen

Y., Gesuchsgegner I, und

X., Gesuchsgegnerin II,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Dominik Infanger, Werkstrasse 2, 7000 Chur, sowie

W., Gesuchsgegner III,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans-Martin Allemann, Alexanderstrasse 8, 7002 Chur,

betreffend Ernennung eines unabhängigen Richters

(Amtsbefehlsverfahren)

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Vor Kreisamt Z. ist ein Verfahren auf Erlass eines Amtsbefehls zum Schutz eines bedrohten Besitzstandes anhängig, welches von Y. und X. am 22. Februar 2010 gegen W. angestrengt wurde und in welchem es um die angebliche Beeinträchtigung eines Wasserbezugsrechts geht.

Der Stellvertreter des Kreispräsidenten Z. (V.) befahl W. mit superprovisorischer Verfügung vom 23. Februar 2010, *das Wasserbezugsrecht zugunsten des Grundstückes Nr. 499 in der Gemeinde T. uneingeschränkt zu respektieren und künftig alles zu unterlassen, was den tatsächlichen Wasserbezug durch die Gesuchsteller stört oder vereitelt*. Gleichzeitig gab er ihm Gelegenheit, sich zum Amtsbefehlsgesuch vernehmen zu lassen.

W. tat dies mit Eingabe vom 08. März 2010, wobei er unter anderem beantragte, es habe der Stellvertreter des Kreispräsidenten Z. für das weitere Verfahren in den Ausstand zu treten; dies deshalb, weil er die Behauptungen der Gesuchsteller völlig unkritisch übernommen habe, dem superprovisorisch Angeordneten Geltung bis zum Abschluss des Amtsbefehlsverfahrens zumesse und den Amtsbefehl missverständlich formuliert habe.

In der Folge ordnete der Kreispräsident Z. (S.) einen zweiten Schriftenwechsel an. In ihrer Replik vom 22. März 2010 bestritten die Gesuchsteller, dass gegen die mit der Angelegenheit befassten Gerichtspersonen Ausstandsgründe vorlägen.

B. Am 23. März 2010 wandte sich der Kreispräsident Z. an die Justizaufsichtskammer des Kantonsgerichts mit dem Begehren, es seien in der genannten Angelegenheit die von ihm oder seinem Stellvertreter zu erfüllenden Aufgaben einem oder einer Aussenstehenden (dem Kreispräsidium eines benachbarten Sprengels) zu übertragen.

Zur Begründung machte der Kreispräsident geltend, dass er seit Jahren als Treuhänder von X. arbeite und überdies im laufenden Verfahren als Zeuge benannt worden sei. Sein Stellvertreter schliesslich wolle sich, nachdem er ausdrücklich wegen Voreingenommenheit abgelehnt worden sei, dem Ausstand nicht entziehen. Überdies sitze V. als Vizepräsident im Verwaltungsrat der Skilifte U. AG, zusammen mit dessen Präsidenten R., der in der hier interessierenden Streitsache ebenfalls als Zeuge bezeichnet worden sei.

C. Mit Verfügung vom 24. März 2010 wurde den Betroffenen Gelegenheit gegeben, sich zum Gesuch des Kreisamtes Z. zu äussern. Sie taten dies mit Eingaben vom 25. März und 13. April 2010.

Y. und X. räumten nunmehr ein, dass der Ausstand des Kreispräsidenten zu Recht verlangt worden sei. In Bezug auf seinen Stellvertreter liege hingegen nichts vor, was ihn als befangen erscheinen liesse.

W. vertrat demgegenüber die Meinung, angesichts des Umstandes, dass sich sowohl der Kreispräsident wie sein Stellvertreter in den Ausstand begeben wollten, sie sich also selber nicht mehr als völlig unvoreingenommen erachteten, gebe es keinen Grund, den einen oder den andern zur Weiterführung des Amtsbefehlsverfahrens zu verpflichten.

II. Erwägungen

1. Nach der materiell unverändert von Art. 58 aBV in Art. 30 Abs. 1 BV überführten, ebenfalls in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, ist die Garantie verletzt (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116, 127 I 196 E. 2b S. 198).

Umgesetzt werden diese Grundsätze im kantonalen Recht durch Art. 42 GOG, der unter lit. a-f einzelne Umstände anführt, welche von vornherein den Verdacht zu erwecken vermögen, dass die betreffende Person nicht mehr unparteiisch sein könnte. So haben etwa Richterinnen und Richter in allen Angelegenheiten in den Ausstand zu treten, in denen sie zu einer Partei oder einer anderen Verfahrensbeteiligten in einem besonderen Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis stehen (Art. 42 lit. c GOG), wie es etwa der Fall ist, wenn sie gleichzeitig deren Interessen bestmöglich zu wahren haben oder wenn sie ihr gegenüber aufgrund eines eigentlichen Unterordnungs- bzw. Überordnungsverhältnisses zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet sind (vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 107). – Ergänzt wird die in Art. 42 lit. a-f GOG enthaltene, auf konkrete Lebenssachverhalte zugeschnittene Regelung durch die Generalklausel

von Art. 42 lit. g GOG, welche den Ausstand von Gerichtspersonen verlangt, die aus anderen, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen Gründen als befangen erscheinen. Vielfach führt auch erst das Zusammenwirken mehrerer Umstände zum Ausstand, die für sich allein nicht ausreichen würden, um bereits auf Voreingenommenheit zu schliessen.

2. Nach den Ausführungen in seinem Gesuch vom 23. März 2010 um Ernennung eines unbefangenen Richters, denen zu misstrauen kein Grund besteht, ist der Kreispräsident Z. seit Jahren als Treuhänder von X. tätig, einer Person, die im hier interessierenden Amtsbefehlsverfahren als Partei auftritt. Zwischen ihr und S. besteht also ein auf Dauer angelegtes, entgeltliches Auftragsverhältnis, was zwingend den Ausstand des Kreispräsidenten Z. zur Folge haben muss (Art. 42 lit. c GOG). Er scheint sich dessen denn auch von allem Anfang an bewusst gewesen zu sein, überliess er doch die Anhandnahme des Begehrens auf Erlass eines Amtsbefehls (Eingabe vom 22. Februar 2010) seinem Stellvertreter V.. Als dieser wegen angeblicher Befangenheit abgelehnt wurde, hätte der Kreispräsident Z. allerdings nicht einfach auf seinen eigenen Ausstand zurückkommen, die Verfahrensleitung wieder an sich ziehen und einen zweiten Schriftenwechsel anordnen dürfen. Vielmehr hätten er und sein Stellvertreter bis zur Klärung der Ausstandsfragen von prozessleitenden Verfügungen absehen müssen. Es hat also beim Ausstand von S. zu bleiben, ohne dass freilich die im Amtsbefehlsverfahren inzwischen eingegangene Replik als ungültig erklärt werden müsste. Solches wird denn auch gar nicht beantragt.

Nicht auf Anhieb völlig klar ist, ob nebst dem Kreispräsidenten Z. auch sein Stellvertreter als nicht mehr unvoreingenommen angesehen werden muss. Er selber scheint in dieser Hinsicht zumindest anfänglich keine ernsthaften Bedenken gehabt zu haben, hätte er doch andernfalls die Streitsache gar nicht erst übernommen, sondern den Kreispräsidenten nach Eingang des Begehrens um Erlass eines Amtsbefehls gebeten, umgehend auch in seinem Namen an die Justizaufsichtskammer zu gelangen, um ein anderes Kreisamt einsetzen zu lassen. Hierbei gilt es freilich zu beachten, dass von V. die superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen erwartet wurde. Er stand also unter erheblichem Zeitdruck, so dass Ausstandsfragen vorerst wohl etwas in den Hintergrund gerückt wurden. Wenn er in der Folge nach Eingang eines förmlichen Ausstandsbegehrens erklärte, er wolle sich dem unterziehen, darf daraus nicht einfach geschlossen werden, es gehe ihm darum, sich ohne hinreichenden Grund eines lästig gewordenen Falles zu entledigen. Vielmehr müssen seine Bedenken

hinsichtlich seiner eigenen Unvoreingenommenheit Ernst genommen werden. Hinzu kommt, dass im Amtsbefehlsverfahren R., Q., als Zeuge aufgerufen wird. Bei ihm handelt es sich um den Verwaltungsratspräsidenten der Skilifte U. AG, welche offenbar in der Nachbarschaft der Y. und X. bzw. W. gehörenden Parzellen in T. eigene Anlagen unterhält, so auch ein Ausgleichsbecken. Der Zeuge soll über den Wasserzufluss Auskunft geben. Angesichts bloss rudimentärer Kenntnisse des eigentlichen Streitgegenstandes besteht für die Justizaufsichtskammer keine hinreichende Gewissheit, dass die vom Zeugen zu erhaltenden Angaben für den Ausgang des Amtsbefehlsverfahrens von vornherein ohne Belang sind. Damit aber lässt sich der Verdacht, dass der ebenfalls dem Verwaltungsrat der genannten Gesellschaft angehörende V. über Kenntnisse und Beziehungen verfügt, die seine Unbefangenheit in Frage stellen könnten, nicht einfach verneinen. Zusätzlich ist schliesslich noch zu berücksichtigen, dass der Kreispräsident Z. ebenfalls als Zeuge vernommen werden soll, und zwar zu einem Gespräch, das er mit W. über den Wasserbezug von Y. und X. geführt haben soll. Angesichts des engen Zusammenwirkens zwischen dem Kreispräsidenten und seinem Stellvertreter ist nicht auszuschliessen, dass Letzterer vom Inhalt dieses Gesprächs ebenfalls Kenntnis erhielt und so möglicherweise einseitig beeinflusst wurde. Insgesamt betrachtet müssen bei dieser Ausgangslage die Erklärung von V., in den Ausstand treten zu wollen, und das gegen ihn gerichtete Ausstandsbegehren geschützt werden.

Sind nach dem Gesagten aber sowohl der Kreispräsident Z. wie sein Stellvertreter von Ausstandsgründen betroffen, ist das Kantonsgericht (die Justizaufsichtskammer, Art. 5 KGV) gestützt auf Art. 38 GOG gehalten, für die Fortführung des Amtsbefehlsverfahrens einen ausserordentlichen Stellvertreter oder eine ausserordentliche Stellvertreterin einzusetzen. In Betracht fällt dabei in erster Linie das Kreispräsidium eines benachbarten Sprengels, jenes von Domleschg etwa.

3. In solchen Fällen werden den Beteiligten keine Gebühren in Rechnung gestellt. Die Kosten dieses Beschlusses von Fr. 800.00 gehen vielmehr zu Lasten des Kantons Graubünden.

III. Demnach wird erkannt

1. Für die Weiterführung des Amtsbefehlsverfahrens in Sachen des Y. und der X. gegen W. wird das Kreispräsidium Domleschg als zuständig erklärt.
2. Die Kosten dieses Beschlusses von Fr. 800.00 gehen zulasten des Kantons Graubünden.
3. Gegen diesen selbständigen Vorentscheid über eine Ausstandsfrage kann gemäss Art. 92 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Sie ist dem Bundesgericht innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung schriftlich in der gemäss Art. 42 f. 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: