

# GR\_GERICHTE JAK 2011 1 vom 31. Januar 2011

GR Gerichte, 2011-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_JAK 2011 1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_JAK_2011_1)

FR: GR\_GERICHTE JAK 2011 1 du 31 janvier 2011

IT: GR\_GERICHTE JAK 2011 1 del 31 gennaio 2011

## Regeste

Ernennung eines unabhängigen Gerichts | Bezeichnung ausserordentliche Stellvertretung (33 Abs. 2, 40 Abs. 2, 60 GOG)

## Erwägungen

### E. 1

ZPO (Ausstandsgründe) tritt eine Gerichtsperson in den Ausstand, wenn sie: a. in der Sache ein persönliches Interesse hat; b. in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeistandin oder Rechtsbeistand, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, als Mediatorin oder Mediator in der gleichen Sache tätig war; c. mit einer Partei, ihrer Vertreterin oder ihrem Vertreter oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet ist oder war, in eingetragener Partnerschaft lebt oder lebte oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt; d. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist; e. mit der Vertreterin oder dem Vertreter einer Partei oder mit einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist; f. aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte. Auf die vorgenannte bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug nehmend, ist Wullschleger (a.a.O., N 31 zu Art. 47, unter Hinweis auf Jean-François Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Art. 23 N 4.3; Bühler/Edelmann/Killer, *Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung*, 2. A. Aarau 1998, § 6 N 2; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5. A. Bern 2000, Art. 11 N 5b; Barbara Merz, *Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung*, 2. A. Bern 2006, § 53 N 7) in Auslegung von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO der Auffassung, dass dort, wo andere Personen des gleichen Gerichts als Parteien auftreten, "im Einzelfall eine sehr eingehende Prüfung der persönlichen Nähe" erforderlich sei. Der Ausstandsgrund wäre demnach also nur gegeben, wenn eine solche weitergehende persönliche Nähe zu bejahen ist, was punkto Sachverhaltsabklärung voraussetzen würde, dass die persönliche Nähe individuell zu jeder einzelnen in Frage kommenden Richterperson abzuklären wäre. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 BV und Art.

### E. 1.1

Die sachlichen Zuständigkeiten in der Hauptsache (Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuem Vermögen) und in der Verfahrensfrage (Ausstand) sind auseinanderzuhalten.

### E. 1.2

Der Bezirksgerichtspräsident Hinterrhein ist örtlich (Art. 265a Abs. 1 SchKG) und sachlich (Art. 15 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GVV SchKG, BR 220.100), Art. 251 lit. e der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGZPO, BR 320.100) in der Hauptsache (Bewilligung des Rechtsvorschlages mangels neuem Vermögen) zuständig.

Seite 3 — 19 1.3.a. Wie die Vorinstanz im Resultat zutreffend ausführt, ergibt sich in der Verfahrensfrage (Ausstand) gegenständlich funktionell eine direkte Zuständigkeit des Kantonsgerichts aus Art. 40 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, BR 173.000). Dabei handelt es sich indessen um einen Ausnahmefall direkter erstinstanzlicher Zuständigkeit des Kantonsgerichts, genauer seiner Justizaufsichtskammer (vgl. Art. 5 lit. b der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts (Kantonsgerichtsverordnung, KGV, BR 173.100)), der weniger mit der gängigen Ausstandsproblematik bei singulären Justizpersonen zu tun hat, als mit der grundlegenderen Problematik der Beschlussunfähigkeit eines ganzen Bezirksgerichts. Es erweist sich die ordentliche Besetzung eines Bezirksgerichts zur Behandlung einer Ausstandsfrage als unmöglich – und dies wiederum aus denselben Gründen der richterlichen Unabhängigkeit. Der Unterschied der beiden Erscheinungen und die Konsequenzen für die sachlich-funktionelle Zuständigkeit sind auf der Grundlage des neuen Verfahrens- und Justizorganisationsrechts etwas näher zu beleuchten. b. Sämtliche materiellen und formellen Bestimmungen des GOG zum Phänomen des Ausstands von Justizpersonen sind per 01. Januar 2011 dahingefallen (alt Art. 42 ff. GOG). Im Beurteilungszeitpunkt geltende Rechtsgrundlagen sind vielmehr die Schweizerische Zivilprozessordnung und die kantonale Ausführungsgesetzgebung dazu. Gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten wird. Die gleiche Entscheidkompetenz muss nach hiesiger Auffassung gelten, wenn das Ausstandsbegehren von der beanstandeten Gerichtsperson und/oder von den Verfahrensbeteiligten nicht bestritten wird. So ist die Justizaufsichtskammer gegenständlich auch in keiner Art und Weise daran gebunden, dass das Bezirksgericht Hinterrhein in corpore in den Ausstand treten will. Die Ansicht, im Zivilprozess könne es nur dann zu einem gerichtlichen Entscheid über ein Ausstandsbegehren kommen, wenn ein Ablehnungsbegehren vom betroffenen Gerichtsmitglied oder einer anderen Partei respektive der Selbstaustritt von einer Partei bestritten werde (so Wullschleger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 50 N 4), ist abzulehnen. Die Parteien können sich die Richter nicht aussuchen, und die Richter können nicht selbst bestimmen, ob sie ihren Justizaufgaben im Einzelfall nachkommen wollen oder nicht. Die Prämissen, dass unberechtigten Ausstandsbegehren seitens der Parteien ein Riegel zu schieben ist und sich eine beanstandete Gerichtsperson nicht entgegen den objektiv auszulegenden Ausstandsregeln ihr missliebiger Prozesse ent schlagen kann, führt auch dann zu einem entsprechenden Entscheid des Gerichts, wenn dem Ausstandsbegehren seitens der Parteien

Seite 4 — 19 und/oder von der fraglichen Gerichtsperson keine Opposition erwächst. Praxis- gemäss wird es zwar so sein, dass im Falle der allseits unbestrittenen Berechtigung des Ausstandsbegehrens (Parteien, betroffene Gerichtsperson und Gericht sind sich einig) die entsprechende Rechtsfolge formlos zugestanden wird, indem die beanstandete Gerichtsperson gar nicht erst aufgeboten wird. Kann sich das Gericht den unbestrittenen respektive übereinstimmenden Anträgen der Involvierten – sei es in Bezug auf einen

besonderen (lit. a-g), sei es in Bezug auf einen anderen Ausstandsgrund (lit. f) – nicht anschliessen, hat hingegen stets ein förmlicher Beschluss zu erfolgen. Liegt die Entscheidungsbefugnis letztlich in jedem Fall allein beim Gericht, obliegt somit auch der Entscheidung immer ihm. Insoweit vermag die Einschränkung von Art. 50 Abs. 1 ZPO auf "bestrittene Ausstandsgründe" nicht zu überzeugen (zur differenzierten Lösung in Art. 57 StPO vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, S. 1149). Nach Art. 13 EGzZPO entscheidet in Abwesenheit der betroffenen Person: a) das in der Hauptsache zuständige Gericht; b) das Gericht in Ausstandsfällen bei einzelrichterlichen Zuständigkeiten und das Bezirksgericht in Ausstandsfällen bei Schlichtungsbehörden. Somit ist festzustellen, dass in Ausstandssachen auf unterer Stufe die Entscheidungskompetenz grundsätzlich in allen Fällen beim Bezirksgericht liegt. Seine Entscheidung ist anfechtbar (Art. 50 Abs. 2 ZPO); Rechtsmittel ist die Beschwerde (Art. 50 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 319 ZPO) an das Kantonsgericht respektive an seine auf dem entsprechenden Rechtsgebiet der Hauptsache eingesetzte Kammer (Art. 7 EGzZPO in Verbindung mit Art. 5 ff. KGV). Eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung von Ausstandsbegehren gegen Justizpersonen unterer Ebene ist daher seit dem 01. Januar 2011 grundsätzlich nicht gegeben; Ausstandsfragen, die Justizpersonen unterer Ebene betreffen, entscheidet es nur als Rechtsmittelbehörde. c. Aus dem Gesetzestext von Art. 50 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht entscheidet, wird nicht ohne Weiteres klar, ob damit von Bundesrechts wegen eine sachliche Zuständigkeit dahingehend vorgeschrieben wird, dass das in der Hauptsache zuständige Gericht auch über im Hauptverfahren gestellte Ausstandsbegehren zu befinden habe. Wenn dem so wäre, bestünde für den Fall, dass sämtliche Richter des in der Hauptsache zuständigen Gerichts als befangen erscheinen, eine durch das kantonale Justizorganisationsrecht zu füllende Lücke im bundesrechtlichen Verfahrensrecht. Diese würde indessen durch Art. 40 Abs. 2 GOG geschlossen (für die Lückenfüllung mangels einer Norm im kantonalen Recht vgl. Wullschleger, a.a.O., Art. 50 N 3, mit Hinweis auf BGer. 2C\_8/207, E. 3.4.2). Geht

Seite 5 — 19 man hingegen davon aus, dass Art. 50 Abs. 1 ZPO keine sachliche Zuständigkeit für Ausstandsfragen festlegt, ist das kantonale Recht aufgrund des allgemeinen Grundsatzes von Art. 4 Abs. 1 ZPO dazu berufen, die sachliche und funktionelle Zuständigkeit in Ausstandsfragen zu regeln (in diesem Sinne: Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7273; Wullschleger, a.a.O., Art. 50 N 1; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 50 N 2). Diese Aufgabe übernimmt, wie gesehen, Art. 13 Abs. 1 EGzZPO, indem das in der Hauptsache zuständige Gericht (lit. a), das Gericht (sprich Kollegialgericht) in Ausstandsfällen bei einzelrichterlichen Zuständigkeiten (lit. b) und das Bezirksgericht bei Ausstandsfällen vor Schlichtungsbehörden (lit. c) entscheidet. Art. 13 Abs.

## E. 6

Ziff. 1 EMRK auf Art. 47 ZPO transportierend, soll nun der Ansatzpunkt offenbar auch bei Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO sein, dass berufliche Verbundenheit/Kollegialität unter Richtern am selben Gericht nicht oder noch nicht Freundschaft ist. Das ist zu hinterfragen.

Seite 9 — 19 2.3. In Auslegung seines jeweils geltenden Justizorganisationsrechts von Art. 18 GVG und Art. 42 lit. b/g GOG hat die Justizaufsiktskammer seit langem eine zur vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegenläufige Praxis geübt. Sie hat regelmässig und insbesondere ohne die individuellen Nähe-Beziehungen unter den

einzelnen Richterpersonen am gleichen Kreis- oder Bezirksgericht abzuklären, befunden: Richter urteilen nicht über Angelegenheiten von Richtern, die mit ihnen zur selben Zeit beim selben Gericht im Amt sind (AB 4/93, AB 5/94, AB 9/95, AB 97 11, AB 99 16, AB 00 4, AB 01 19, AB 03 9, AB 04 13, AB 05 2, AB 06 10, AB 07 30, JAK 10 52, 10 42, JAK 10 5; PKG 1980 Nr. 15 E. 3, unter Hinweis auf die analoge zürcherische Praxis und Hauser/Hauser, GVG – Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 3. A. 1978, S. 398; PKG 1990 Nr. 20 S. 78). Nach Auffassung der Justizaufsichtskammer ist an dieser Praxis im Resultat auch unter der Herrschaft von Art. 47 ZPO festzuhalten. Dazu führen folgende Überlegungen: a. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich den Umfang der sich aus nationalem Verfassungs- und supranationalem Konventionsrecht ergebenden Mindestgarantien beschreibt. Die Bestimmungen der ZPO über den Ausstand konkretisieren den Kerngehalt des personenbezogenen Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2; Wullschlegler, a.a.O., N 1 und 6 Vorbemerkungen zu den Art. 47-51; Bericht zum Vor-entwurf, a.a.O., S. 21). Zweifellos konnte das bis anhin geltende kantonale Gerichtsorganisationsrecht und kann das bundesrechtliche Verfahrensgesetz der ZPO diese Mindestgarantien – stets im Rahmen der dazu im Spannungsverhältnis stehenden Garantie des verfassungsmässigen Richters – ausweiten, das heisst im Zusammenhang mit den Ausstandsregeln die Anforderungen an den Ausstand von Justizpersonen tiefer ansetzen. Gegenüber den bisherigen kantonalen Regelungen sind die besonderen Ausstandsgründe mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung eher verschärft, das heisst auf weitere Personenkreise ausgedehnt worden (Ex-Ehepartner, faktische Lebensgemeinschaft, Verwandtschaft/Schwägerschaft zu Personen die vorinstanzlich mitgewirkt haben). Die Ausstandsbestimmungen zum Auffangtatbestand der "anderen Gründe" lauten in ZPO und StPO im Wesentlichen gleich (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO; Art. 56 lit. f StPO; zur Ungereimtheit zwischen den Amtssprachen bei der StPO vgl. nachstehend). Insoweit damit die Hypothese aufgestellt werden will, es müsse Kongruenz beim Umfang des sachlichen Schutzbereichs bestehen, findet die Meinung, die Ausle-

Seite 10 — 19 gung der Bestimmung von Art. 47 ZPO könne sich auf die zur verfassungsmässigen Garantie auf ein unparteiisches Gericht ergangene umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen (BSK StPO-Boog, Art. 56 N 38, ders. in Bezug auf das spezifische Problem der Richterkollegialität: Art. 56 N 40 und Fn 177; anders Keller in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 56 N 12, wonach weitgehend auf die bisherige Rechtsprechung zu Art. 34 BGG, Art. 22 f. OG und Art. 10 VwVG abzustellen ist) beim Kantonsgericht keine Zustimmung. b. Weber (a.a.O., Art. 47 N 35) weist zu recht darauf hin, dass Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO im Gegensatz zu Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG nicht eine "besondere" Freund- oder Feindschaft verlange. Es müsse [lediglich] die soziale Bindung zwischen den Betroffenen eine gewisse Intensität und Enge aufweisen. Die gleichzeitige Einsitznahme im selben Gerichtskörper ist zweifelsohne berufsbedingt; sie nicht gleichzeitig als sozial, das heisst zwischenmenschlich auf Gefühlsebene zu qualifizieren, hiesse die Augen vor der Wirklichkeit verschliessen. Das Kantonsgericht ist der Auffassung, dass durch die gleichzeitige Einsitznahme im selben Gerichtskörper der beschriebene Nähegrad (gewisse Intensität und Enge) per se erreicht wird; weitere Näheelemente braucht es nicht. Obwohl selbst darauf hinweisend, dass das BGG (Art. 34

Abs. 1 lit. e) von besonderer Freundschaft, die ZPO hingegen nur beispielhaft von Freundschaft spricht, ist das Wullschleger (a.a.O., Art. 47 N 31) keine weitere Überlegung wert. Das Ergebnis der restriktiven bundesgerichtlichen Rechtssprechung zur Minimalgarantie wird in dieser Hinsicht unkritisch respektive bindend auf Art. 47 ZPO übertragen, was im Ergebnis zu einer Selbstbeschränkung bei der Auslegung dieser Gesetzesbestimmung führt. Das ist unzulässig. Der Standpunkt, die Anwendung des beispielhaften Ausstandsgrundes der Freundschaft gemäss Art. 47 Abs. lit. f ZPO verlange eine besondere Freundschaft analog Art. 34 BGG oder eines "rapport d'amitié étroite" oder von "autres circonstances particulières" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtssprechung zu den Minimalgarantien (Urteil BGer 1P.267/2006 E. 2.1.2), widerspräche dem Wortlaut der Zivilprozessordnung, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die in der im Wesentlichen gleichlautenden Ausstandsnorm der Strafprozessordnung aufscheinende Divergenz zwischen den deutschen und italienischen Wortlauten einerseits (Freundschaft, amicitia) zum französischen andererseits (amitié étroite; vgl. dazu Keller a.a.O., Art. 56 N 25), bei der ZPO nicht besteht. Soziale Bindung von "gewisser Intensität und Enge", wie es Weber hervorhebend und nach Auffassung des Kantonsgerichts mit guten Gründen abschwächend formuliert (a.a.O., Art. 47 N 35) ist nun einmal nicht "amitié étroite". Es kann auch weniger und anderes als

Seite 11 — 19 Freundschaft/Feindschaft sein. Ein Grund oder ein gesetzgeberisches Motiv für den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO im Vergleich zu Art. 34 Abs. 1 lit. e des vorbestehenden BGG ist aus den Gesetzesmaterialien nicht ableitbar. Gemäss Botschaft zur ZPO (a.a.O., S. 7237, 7246, 7273; vgl. auch Botschaft zur StPO, a.a.O., S. 1103, 1148) war gegenüber dem Vorentwurf ein systematischerer Aufbau und eine Harmonisierung mit dem BGG und der StPO angestrebt. Mit Bezug auf den Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO wurde das Ziel, in den neuen Verfahrensordnungen nach Möglichkeit identische Regeln zu schaffen (Botschaft ZPO, a.a.O., S. 7246), jedenfalls verpasst (zur gescheiterten Harmonisierungsbemühung und mangelnden Konsistenz der Ausstandsregeln in den verschiedenen Prozessgesetzen vgl. auch Wullschleger, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 47-51, N 6). Anders als bei Art. 56 StPO (in der Beratung Art. 54, AmtlBull SR 2006 999 f.) ist aus den Materialien zur ZPO nirgends ersichtlich, dass bei dessen Art. 47 das BGG quasi als "Modellgesetz" gedient hätte (Bericht zum Vorentwurf, S. 31 f.; Botschaft ZPO, a.a.O., S. 7272 f.; AmtlBull 2007 SR 498 ff., 506; AmtlBull 2008 NR 631 ff., 647). In der parlamentarischen Detailberatung haben beide Räte (in der für die Beratung vorgelegten Fassung Art. 45) dem bundesrätlichen Entwurf von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO ohne Debatte zugestimmt (AmtlBull 2007 SR 506, AmtlBull 2008 NR 647). Wie dem auch sei, steht fest, dass der Gesetz gewordene Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO gegenüber Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG eindeutig offener formuliert ist (Weber, a.a.O., Art. 47 N 34). Der Umkehrschluss, wenn das Gesetz besondere Freundschaft erwähne, verbiete dies, bereits einer persönlichen Bekanntschaft, einer Nachbarschaft oder einem Dutzverhältnis Relevanz beizumessen (so BSK BGG-Häner, Art. 34 N 16), hat jedenfalls bei der Auslegung der Bestimmung von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO keine Bedeutung. c. Angesichts der Normkonzeption von Art. 47 Abs. 1 ZPO erscheint die Anwendung des stereotypen Ansatzes, berufliche Richterkollegialität sei nicht oder noch nicht Freundschaft, auch systematisch verfehlt. Unter dem früheren kantonalen Recht war Freundschaft einer der besonderen Ausstandsgründe und daneben gab es den Auffangtatbestand der "anderen Umstände" (alt Art. 42 lit. b und lit. g GOG). Die bisherigen Art. 42 lit. b GOG (Freundschaft/Feindschaft) und Art. 42 lit. g GOG (andere Gründe) sind in Art. 47 Abs. 1

lit. f ZPO materiell dergestalt zu- sammengelegt, dass Freund- und Feindschaft als nicht abschliessende Anwen- dungsfälle von "anderen Gründen" im Sinne eines Auffangtatbestandes erschei- nen (Weber, a.a.O., Art. 47 N 34; Wullschleger, a.a.O., Art. 47 N 30). Freundschaft und Feindschaft zu Parteien oder deren Rechtsbeiständen ist nunmehr bloss ein beispielhafter Fall von "anderen Gründen" innerhalb der Auffangnorm von Art. 47

Seite 12 — 19 Abs. 1 lit. f ZPO. Insoweit ist nicht vorgegeben, dass "übliche" Richterkollegialität oder irgendein anderer zwischenmenschlicher Aspekt sich von vorneherein nur dann als Ausstandsgrund qualifizieren liessen, wenn sich diese relative Nähe qua- litativ und quantitativ zu einer regelrechten Freundschaft/Feindschaft ausgewach- sen habe. Auch die Alternativanforderung "intérêt personnel que ses collègues pourraient avoir à l'issue" ginge an der Normstruktur von besonderen und einem allgemeinen Ausstandsgrund vorbei, würde doch damit nicht weniger verlangt, als dass der "andere Grund" im speziellen Ausstandsgrund des persönlichen Eigenin- teresses gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a ZPO aufginge (zu unliebsamen Vermischung der Funktionen der Generalklausel mit den besonderen Ausstandsgründen vgl. Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2002, S. 111). Derartige Erfordernisse stünden quer zur Idee, dass der Auffangtatbestand selbständige Berechtigung hat und die Gründe gemäss lit. a-f gleichwertig sind. Eine Übereinstimmung des anderen Grundes mit einem speziellen Ausstands- grund ist nicht gefragt; es genügt, wenn er einen gleichwertigen Anschein von Be- sorgnis hervorruft. d. Die Palette zwischenmenschlicher, ausstandsrelevanter Verhältnisse ist weit facettenreicher als Zuneigung/Freundschaft und Abneigung/Feindschaft. Ne- ben der Freundschaft erlaubt es der Auffangtatbestand von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO der Rechtsanwendung, weiteren, selbständigen, ausstandsrelevanten Aspek- ten zum Durchbruch zu verhelfen (Weber, a.a.O., Art. 47 N 34). Mit den "anderen Gründen" ist insoweit Raum gegeben, Personen- und Beziehungskonstellationen Rechtswirksamkeit beizumessen, die ihrer Natur nach mit Freundschaft oder Feindschaft wenig oder gar nichts zu tun haben. Man kann weiter gehen und sa- gen, dass im Rahmen der Auffangklausel letztlich die spezifische Natur der auf dem Prüfstand stehenden persönlichen Relation irrelevant ist. Wesentlich ist die Plausibilität einer schädlichen Auswirkung auf die richterliche Willensbildungsfrei- heit. Im Sinne einer finalen Betrachtungsweise ist letztlich entscheidend, dass aus der Optik der Aussenstehenden ein hinreichend plausibler Anlass zu einer be- gründeten Besorgnis führt, die Erkenntnisfähigkeit eines Richters könnte durch Partei- oder Sachbeziehung getrübt sein; die Beziehung kann irgendwelcher Art sein. Sobald aus irgendwelcher Relation nach dem Anscheinsprinzip abzuleiten ist, dass die betroffene Richterperson deswegen nicht mehr in der Lage sein könn- te, ihren Entscheidungswillen frei zu bilden, ist Grund gegeben, sie abzuverufen. Die Meinung von Weber (a.a.O., Art. 47 N 16), lit. f. verlange immer eine Einzel- fallbetrachtung, ist insoweit abzulehnen, als es sich beim "anderen Grund" auch um eine institutionelle, organisatorisch bedingte Nähe handeln kann, die stets

Seite 13 — 19 unabhängig von der individuellen Gefühlswelt zwischen diesen Personen – zum Ausstand führen muss. Auch hier ist eine Kategorisierung zulässig und bis zu ei- nem gewissen Grad unumgänglich. So stand und steht für die Justizaufsichts- kammer beispielsweise ausser Frage, dass ein Bezirksgericht – unbesehen von persönlichem Eigeninteresse der Richter (alt Art. 42 lit. a GOG) oder effektiver Freundschaft (alt Art. 42

lit. b GOG) – nicht Verfahren seiner eigenen angestellten Gerichtsschreiber und Kanzleipersonen beurteilen darf. Für diesen Fall bestand unter dem kantonalen Recht der besondere Ausstandsgrund des Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnisses (alt Art. 42 lit. c GOG) – ein einfaches, formales Entscheidungskriterium. Da bei den speziellen Gründen von Art. 47 Abs. 1 lit. a-e ZPO fehlend, muss dieser Fall heute als "anderer Grund" unter den Auffangtatbestand von Art. 41 Abs. 1 lit. f ZPO subsumiert werden. Man kann es sich sehen, die Gefühlswelt zwischen einem Bezirksgerichtspräsidenten und seinen Gerichtsschreibern "im Einzelfall einer besonders eingehenden Nähe-Prüfung" zu unterziehen; die rechtliche Abhängigkeit (öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis; Auftragsverhältnis bei Aktuaren ad hoc) verbietet in jedem Fall, dass er über deren eigene Rechtssache urteile. Für die Anforderung, dass dort, wo andere Personen des gleichen Gerichts als Parteien auftreten, im Einzelfall eine sehr eingehende Prüfung der persönlichen Nähe stattfinden müsse, verweist Wullschleger (a.a.O., Art. 47 N 31) wenig überzeugend auf Poudret (a.a.O., Art. 23 OG, N 4.3), Bühlmann/Edelmann/Killer (a.a.O., § 6 N 2), Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi (a.a.O., Art. 11 N 5b), und Merz (a.a.O., § 53 N 7). Art. 23 lit. b OG und § 51 Ziff. 8 ZPO Thurgau verlangten im Gegensatz zu Art. 47 ZPO besondere Freundschaft mit einer Partei. Die anderen Kommentatoren kategorisieren durchwegs und ausschliesslich aufgrund der organisatorischen Stellung (Richter-Richter, Richter-Gerichtsschreiber, Richter-Praktikant, Richter-Kanzleisekretärin) und leiten daraus den ausstands begründenden Befangenheitsanschein ab; in keinem Fall wird darüber hinaus eine eingehende individuelle Nähe-Prüfung gefordert oder gemacht. Gemäss Bühlmann/Edelmann/Killer (a.a.O., § 6 N 2) ist ohne weitere Anforderung Praxis, den Ausstand zu bewilligen, wenn ein Mitglied des betreffenden Gerichts vor ihm als Partei auftritt. Nach Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi (a.a.O., Art. 11 N 5b), hat der Gerichtspräsident – ebenso ohne individuelle Prüfung weitergehender Nähe – in den Ausstand zu treten, wenn der Gerichtsschreiber des gleichen Bezirks Beklagter ist. Gemäss Merz ist in sämtlichen vorgenannten Konstellationen (zum Teil auf kürzlich ausgetretene Amtsträger und Verwandte von amtierenden Amtsträgern ausgedehnt) in aller Regel ein Ersatzgericht zu bestellen (a.a.O., § 53 N 7);

Seite 14 — 19 ebenso kategorisierend Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 2005, N 211, unter Hinweis auf SGGVP 1986 Nr. 40, wonach dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Gericht und Gerichtsschreiber die gleiche Bedeutung wie enge Freundschaft zukommt). Der Hinweis von Merz, bei der Anwendung des Grundes der besonderen Freundschaft sei stets konkret zu prüfen, ob der Richter sich zu einer Prozesspartei nicht mehr frei fühle, bezieht sich augenscheinlich nur auf Parteien, die nicht gleichzeitig eine Gerichtsfunktion inne haben (a.a.O., § 51 N 9). e. Sich vom beispielhaften anderen Ausstandsgrund der Freundschaft lösend, kann sich ergeben, dass ein gegenseitiges Respekts- und Zusammenarbeitsverhältnis, ohne dass es gleich ein faktisches oder rechtliches Abhängigkeitsverhältnis darstellen muss, vergleichbar unerwünschte Wirkungen auf die innere Entscheidungsfreiheit eines Richters haben könnte wie gefühlbasierende Freundschaft/Zuneigung. Es muss sich nicht einmal um eine altruistische Triebfeder handeln; auch immaterielle Eigeninteressen sind denkbar. In diesem Bereich sind die Bedenken bei der Konstellation Richter urteilt über Richterkollegen anzusiedeln. Der entscheidende Aspekt dabei ist doch, dass solche Personen unter Umständen noch lange Zeit, regelmässig und im kleinsten Kreis (Nähe) zusammenarbeiten werden. Zwar tun sie dies nicht als Team dergestalt, dass die Erbringung der Leistung des Einen davon abhängig wäre, dass der Andere seine in bestimmter Weise

erbringe, doch wirken sie, auch bei allfälliger Uneinigkeit in der Sache, stets zusammen auf ein Leistungsergebnis (Urteil) hin. Bei solchen Entscheidungsprozessen können einerseits pointierte Meinungsäusserungen und Emotionen bei den Mitstreitern möglicherweise Spuren der Sympathie und Antipathie hinterlassen, andererseits verlangt bei einem nicht einstimmigen Ergebnis die gepflegte Streitkultur eine Aufrechterhaltung gegenseitigen, durchaus persönlich gefärbten Respekts, da man wieder und oft zu solchen Entscheidungsprozessen zusammen sitzen wird. Insoweit entwickelt sich erfahrungsgemäss in einer solchen Kleinstgruppe zumindest eine Dynamik der Solidarisierung und des stillen Einvernehmens in der Aufgabe. Man weiss, wie der andere denkt und daraus ergibt sich eine emotionale und intellektuelle Vertrautheit. Mit Blick auf Impartialität ist der Gedanke, dass eine zukunftsgerichtete Rücksicht auf die eigene Befindlichkeit und/oder jene einer Partei eine gerichtliche Entscheidung verfälschen könnte, eindeutig besorgniserregend. Die Gefahr der Solidarisierung, auch einer unterbewussten, zum eigenen Schutz (gutes künftiges Einvernehmen), oder einer pointiert überschüssenden Entsolidarisierungshaltung, weil man ja demonstrieren will, dass man unabhängig ist, was unter dem Aspekt der Unparteilichkeit ebenso be-

Seite 15 — 19 denklich ist, ist nicht wegzureden. Nach unten abgrenzend erscheint die Richter-Richter Konstellation jedenfalls kritischer als Wohn-Nachbarschaft, gemeinsames Studium oder Militärdienst, ein Dutzverhältnis vom Stammtisch, selbige Sportvereinsmitgliedschaft und dergleichen. f. Dass eine Justizperson gegenüber einer Partei oder Sache effektiv vorgekommen ist, ist nicht gefordert; ein begründeter Anschein genügt. Das ist der Fall, wenn es aufgrund aktuellen, berufsbedingten Dauerverkehrs in einer Kleinstgruppe zu einer sachfremden, auch unterbewussten, Solidarisierung zwischen Richter und Partei kommen könnte. Freundschaft und andersgeartete Personennähe ist im Licht der Anscheinsprämisse auszulegen und nach der Lebenserfahrung dürfte die umstrittene Konstellation beim Volk grossmehrheitlich einen besorgniserregenden Eindruck hinterlassen. Bürger goutieren nicht, wenn Richter über die Sache des mit ihnen amtierenden Gerichtskollegen urteilen. Der äussere Eindruck (Anschein) einer solchen Konstellation ist und bleibt "schief" – gleichviel ob zwischen Richterkollegen darüberhinaus individuelle Näherbeziehungen wie zusammen jassen, im gleichen Stiftungsrat sitzen, die Ferien miteinander verbringen und dergleichen bestehen oder sie sich nicht ausstehen können. g. Die verfassungs- und konventionsrechtlichen Minimalgarantien sind vorrangig personenbezogen und grundrechtsmotiviert (Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2011, S. 324; Wullschleger, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 47-51, N 1), weshalb in ihrem Fokus der Schutz der verfahrensbeteiligten Parteien steht. Nachdem sie sich nicht haben vernehmen lassen, ist gegenständlich vom Desinteresse der Parteien an der Ausstandsfrage auszugehen. Neben dem Interesse der Parteien eines bestimmten Verfahrens darf von einem institutionell-organisatorischen Schutzbereich der Ausstandsregeln für die Justiz selbst gesprochen werden (Wullschleger, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 47-51, N 1); geschützt sind auch die berechtigten Vertrauenswartungen der gesamten Rechtsgemeinschaft in die richterliche Unabhängigkeit (Kiener, a.a.O., S. 349) sowie der Ruf und die Glaubwürdigkeit der Institution (Schindler, a.a.O., S. 47 f.). Die Justiz hat somit ein Eigeninteresse an ihrer Unabhängigkeit und sie muss aus eigenem Antrieb für deren Erhaltung sorgen. Das kommt u.a. in der Verfahrensvorschrift von Art. 48 ZPO zum Ausdruck, wonach die betroffene Gerichtsperson einen möglichen Ausstandsgrund rechtzeitig offen zu legen und von sich aus in den Ausstand zu treten hat, wenn sie den Grund als gegeben erachtet. Bei der An-

wendung der Ausstandsregeln sind beide Schutzbereiche so zu zeichnen, dass die Justiz funktionsfähig bleibt, aber auch nicht in Verruf kommt. Die Funktionsfähigkeit der Justiz ist vorliegend nicht in Frage gestellt. Dass ein Bezirksgericht

Seite 16 — 19 durch ein anderes zu ersetzen ist, ist kein alltäglicher, jedoch regelmässig vor- kommender Fall, wobei sich in der Umsetzung keine Probleme ergeben. Umso leichter muss die Anwendung einer Entscheidungsregel fallen, wonach bei objektiv be- gründetem und nicht ausräumbarem Zweifel über die Impartialität, welcher bei der vorliegend thematisierten Konstellation "Richter urteilen über Richterkollegen" nach Auffassung der Justizaufsichtskammer immer gegeben ist, ein beanstande- ter Richter beiseite treten muss. Das ist die Justiz schon ihrem Ansehen schuldig. Schatten des Zweifels – und dabei muss man sich auf die Anscheinsprämisse re- duzieren beziehungsweise die Optik des durchschnittlich interessierten und ein- geweihten Bürgers zu eigen machen – sind allenfalls geeignet, ernsthafte Image- probleme der Justiz herauf zu beschwören. Das ist zu vermeiden. Im weiteren Kreis der Argumentationen, die auf das untadelige Ansehen und das gute Funktionieren der Justiz abzielen, stellt sich auch die Frage der Zumutbarkeit für die übrigen Richter, über einen Kollegen urteilen zu müssen. Nach bisheriger zürcherischer Praxis wird daher, obwohl an sich kein Ausstandsgrund bildend, dem Richter die Peinlichkeit erspart, über einen Richterkollegen zu Gericht sitzen zu müssen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfas- sungsgesetz, Zürich 2002, Rz 25 zu § 96, mit Hinweis auf SJZ 40 224). Diese Überlegung beschlägt letztlich wiederum den Aspekt des guten künftigen Einver- nehmens, welcher, wie bereits beleuchtet, auch unter dem neuen Art. 47 ZPO werthaltig erscheint. h. Sodann erscheint auch aus verfahrensmässigen Überlegungen wenig ein- sichtig, dass man sich des einfach zu handhabenden und für alle Beteiligten vor- aussehbaren formellen Entscheidungskriteriums: Richter urteilen nicht über gleichzeitig im Amt stehende Richterkollegen, entschlagen soll. Bei der Ausstandsfrage geht es nicht um materielle Gerechtigkeit, sondern um eine verfahrensmässige Voraus- setzung für ihre Produktion. Der lediglich glaubhaft zu machende Ausstandsgrund (Art. 49 Abs. 1 ZPO) ist eine zügig und daher im summarischen Verfahren (Wull- schleger, a.a.O., Art. 50 N 5), vorzugsweise ohne Parteivortritt und ohne ausge- dehntes Beweisverfahren zu entscheidende Verfahrensfrage. Angesichts dieser auf beförderliche Erledigung ausgelegten Parameter entfernt man sich mit der An- forderung, die persönliche Nähe zweier Richter respektive im vorliegenden Fall aller 9 Richter an einem Bezirksgericht "im Einzelfall besonders eingehend ab- klären" zu wollen, von der justitiablen Realität. Die genannte Formel ist für Richter und Parteien nicht hinreichend operationabel und insoweit auch nicht vom Gesetz beherrscht oder beherrschbar (Kiener, a.a.O., S. 326). Namentlich für die aussen- stehenden Verfahrensparteien sind solche privatsphärische Verbindungen nicht

Seite 17 — 19 mehr voraussehbar, weil nähere Freundschaft, persönliche Zuneigung letztlich Gefühle und damit innere, schwer messbare und nicht ohne weiteres zu Tage tre- tende Vorgänge sind. i. Wie bereits angetönt, bildet ein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis einen "anderen Grund" im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO. Im Verhältnis zwischen den Richtern und den meist mit öffentlich-rechtlichem Dienstvertrag angestellten, weisungsgebunden arbeitenden Gerichtsschreibern und Kanzleiangestellten be- steht ein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis (weisungsgeprägtes Dauerschuld- verhältnis), das zweifellos dazu führt, dass Richter in der Rechtssache dieser Per- sonen vor dem eigenen Gericht in den Ausstand zu treten haben beziehungsweise ein Ersatzgericht einzusetzen ist.

Richter unter sich sind demgegenüber zwar un- abhängig. Würde man unter diesem Aspekt zulassen, dass sie über einander ur- teilen, käme es nach der Auffassung der Justizaufsichtskammer dennoch zu einer fehlenden Stringenz der beiden Lösungen. Vom Anschein her ist der organisati- onsimmanente Störfaktor bei beiden Konstellationen nicht wesentlich anders. Die Ungleichbehandlung der Funktionen von Richtern und Gerichtsschreibern würde von der Rechtsgemeinschaft kaum verstanden. 2.4. Zusammenfassend erweckt der Umstand, dass Richter die eigene Sache einer Richterperson beurteilen sollen, mit welcher sie ordentlicherweise und re- gelmässig zu Gericht sitzen, a priori den Anschein der Befangenheit. Auch wenn nicht jedes Band beruflicher Kollegialität zwingend den Anschein von Befangen- heit hervorrufen muss (Wullschleger, a.a.O., Art. 47 N 31), so ist die Beziehung unter gleichzeitig amtierenden Mitgliedern am selben Bezirksgericht nicht irgend- ein Band inferiorer Bedeutung. Es handelt sich um eine durch dauerhafte persönli- che Kontakte aktiv gelebte, unter dem Aspekt des Amtsgeheimnisses vertraute, von Respekt getragene, Harmonietendenzen zugängliche Beziehung in einem kleinen Zirkel, die in Intensität und Nähe das Mass einer sonst üblichen gesell- schaftsadäquaten Beziehung übersteigt (Weber, a.a.O., N 35 zu Art. 47; Kiener, a.a.O., S. 97). Abgesehen von der ihrer Tätigkeit wesensimmanenten und insofern unvermeidbaren Emotionen, sollen einer Person, die echte Mittlerin zwischen Streitparteien sein will, keine unnötigen Emotionen in Bezug auf bestimmte Ver- fahrensbeteiligte in die Quere kommen. Es ist nicht in Kauf zu nehmen, dass das richterliche Augenmass mit Blick auf das künftige gute berufliche Einvernehmen und die Zusammenarbeit innerhalb des gleichen Justizkörpers mit einer Verfah- renspartei getrübt sein könnte. Das Kantonsgericht ist nach wie vor geneigt, allein der funktionell-organisatorischen Gegebenheit, dass Personen im selben Gericht sitzen, das heisst ohne weitergehende Prüfung der individuellen Nähe aller invol-

Seite 18 — 19 vierten Personen im Einzelfall, die Bedeutung beizumessen, dass sie nicht frei von sachfremden Einflüssen über die Rechtssache anderer Personen desselben Ge- richtskörpers urteilen könnten. Nach der Anscheinstheorie ist bereits dieser orga- nisatorische Fakt regelmässig geeignet, die Entscheidungsfreiheit des Richters zu kompromittieren. Nur die Anwendung dieses formalen Kriteriums schafft das not- wendige Vertrauen, dass keine Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zu Lasten einer Partei auf das Urteil einwir- ken. 2.5. Diese Anscheinsbefangenheit betrifft jede einzelne Richterin und jeden ein- zeln Richter am Bezirksgericht Hinterrhein. Eine "Ergänzung" des Bezirksge- richts Hinterrhein durch Richter aus anderen Bezirksgerichten fällt schon deshalb ausser Betracht, weil die zu ersetzende Richterperson ein Einzelrichter ist; es kann sich also nur darum handeln, das Gericht auszutauschen beziehungsweise die Streitsache einem dem Bezirksgerichtspräsidenten eines anderen Gerichts- sprengels zur Behandlung zuzuweisen. Bei Ergänzung des Gerichtskörpers im ordentlicherweise zuständigen Gerichtssprengel macht Art. 40 Abs. 2 GOG die Vorgabe, dass Richter eines Nachbargerichts einzusetzen sind. Für den Fall, dass die Streitsache einem anderen Gerichtssprengel zuzuweisen ist, wird hingegen gesetzlich nicht festgelegt, dass dies ein Nachbargericht sein müsse. Die konkrete Bestimmung des Ersatzgerichts liegt diesfalls im Ermessen der Justizaufsichtskammer. Es besteht keine Veranlassung, sich weiter von der örtlichen Zuständig- keit als nötig zu entfernen. In Fortführung der bisherigen Praxis steht daher aus Gründen der örtlichen Nähe zu den Parteien nach wie vor die Einsetzung des sachlich zuständigen Gerichts/Richters eines örtlich benachbarten Gerichtsspren- gels im Vordergrund. Die

Sache ist vorliegend daher dem Bezirksgerichtspräsi- denten Albula zur Beurteilung zuzuweisen. 3. Praxisgemäss werden die entstehenden Verfahrenskosten den Beteiligten in derartigen Fällen nicht überbunden. Sie sind zu Lasten der Staatskasse zu ver- fügen.

Seite 19 — 19 III.

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