

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5A\_309/2008

Urteil vom 12. März 2009  
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied, Bundesrichter L. Meyer, Marazzi, von Werdt, Raselli,  
Gerichtsschreiber Zbinden.

Parteien  
X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Remo Cahenzli,

gegen

1. Stockwerkeigentümergeinschaft A. \_\_\_\_\_ bestehend aus:  
2. B. \_\_\_\_\_,  
3. C. \_\_\_\_\_,  
4. D. \_\_\_\_\_,  
5. E. \_\_\_\_\_,  
6. F. \_\_\_\_\_,  
sowie  
7. G. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegner,  
Gegenstand  
alle vertreten durch Rechtsanwältin Laura Oesch,

(Vollzug; vorsorgliche Massnahmen; Dienstbarkeit),

Beschwerde in Zivilsachen mit Verfassungsrüge gegen das Beurteil des Bezirksgerichtsausschuss Imboden vom 4. März 2008.

Sachverhalt:

A.

A.a Die Parteien sind Eigentümer der in S. \_\_\_\_\_ gelegenen Parzellen Nr. 1 (G. \_\_\_\_\_), Nr. 2 (Stockwerkeigentümergeinschaft A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Stockwerkeigentümergeinschaft), unterteilt in fünf Stockwerkseigentumsanteile der Eigentümer B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_) sowie Nr. 3 (X. \_\_\_\_\_).

A.b Auf dem oberen östlichen Teil der Parzelle Nr. 2 sowie auf dem oberen westlichen Teil der Parzelle Nr. 1 befindet sich eine Strassenausbuchtung. Bei der Überbauung der Parzelle Nr. 2 wurde der darauf liegende Teil dieser Fläche zu einer Parkfläche für Fahrzeuge umgebaut, so dass die Strassenausbuchtung nicht mehr befahren werden kann und darauf keine Wendemanöver mehr möglich sind. Sodann hatten G. \_\_\_\_\_ als Eigentümer des Grundstücks Nr. 1 im Bereich der Strassenausbuchtung Eisenabsperrpfosten (inkl. Kettenspannung) einbetoniert und am östlichen Ende der Dienstbarkeitsanlage einen Pflanzgarten angelegt.

A.c X. \_\_\_\_\_ erwirkte zwei Amtsbefehle des Kreispräsidenten U. \_\_\_\_\_, welche die Eigentümer der Parzellen Nr. 2 und 1 zur Wiederherstellung eines Zustandes verpflichteten, der ihr die ungehinderte Ausübung von Wendmanövern erlaubt (Entscheide vom 7. Dezember 2006). Mit Entscheid vom 25. Oktober 2007 ordnete der Kreisgerichtspräsident den Vollzug der rechtskräftigen Amtsbefehle an.

B.

B.a Am 26. Februar 2007 reichten die Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft sowie G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Kläger) beim Vermittleramt des Kreises U.\_\_\_\_\_ Klage gegen X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beklagte) ein, welche nach erfolgloser Vermittlung vom 19. Juni 2007 mit Prozesseingabe vom 11. Juli 2007 an das Bezirksgericht Imboden prosequiert wurde. Darin beantragen die Kläger die Feststellung des Nichtbestehens eines Fuss- und Fahrwegrechts bzw. eines Kehrplatzes zu Lasten ihrer Grundstücke und zu Gunsten des Grundstückes von X.\_\_\_\_\_.

B.b Im Rahmen dieses Hauptverfahrens stellten die Kläger am 31. Oktober 2007 beim Bezirksgerichtspräsidium Imboden ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit den Begehren, es seien beide Verfahren betreffend Vollzug der Amtsbefehle vom 7. Dezember 2006 bis zur rechtskräftigen Erledigung der vor Bezirksgericht Imboden hängigen Zivilstreitsache zu sistieren; der Beklagten wie auch dem Kreisamt U.\_\_\_\_\_ seien unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB für die Dauer des Prozesses zu verbieten, den Streitgegenstand zu verändern bzw. durch Dritte verändern zu lassen.

B.c Mit Verfügung vom 12. Dezember 2007 trat der Bezirksgerichtspräsident Imboden auf das Gesuch der Kläger vom 31. Oktober 2007 nicht ein. An diesem Entscheid wirkte lic. iur. R.\_\_\_\_\_ als Aktuar mit.

B.d Mit Urteil vom 4. März 2008, an welchem zwar ein anderer Präsident, aber lic. iur. R.\_\_\_\_\_ erneut als Aktuar mitwirkte, hiess der Bezirksgerichtsausschuss Imboden eine Beschwerde der Kläger gegen die Verfügung vom 12. Dezember 2007 gut, sistierte den Vollzug der Amtsbefehle des Kreispräsidenten Trins vom 7. Dezember 2006 und verbot dem Kreisamt U.\_\_\_\_\_ sowie der Beklagten, den Streitgegenstand bis zum rechtskräftigen Entscheid in der vor dem Bezirksgericht Imboden hängigen Zivilstreitsache zu verändern bzw. durch Dritte verändern zu lassen.

C.

Mit Eingabe vom 5. Mai 2008 führt die Beklagte (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde in Zivilsachen, eventuell subsidiäre Verfassungsbeschwerde mit den Begehren, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung in ordnungsgemässer Zusammensetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt eine Verletzung der Ausstandspflicht sowie des Rechts auf einen verfassungsmässigen Richter.

Die Kläger (nachfolgend: Beschwerdegegner) beantragen, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell die Sache zur Beurteilung in gesetzmässiger Zusammensetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Bezirksgerichtsausschuss hat auf Vernehmlassung verzichtet.

D.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung ist mit Präsidialverfügung vom 26. Mai 2008 abgewiesen worden.

E.

Anlässlich der öffentlichen Sitzung vom 4. Dezember 2008 wurde die Angelegenheit beraten, die Verhandlung aber vertagt, weil die Ausstandsfrage nicht spruchreif war.

F.

Nachdem die II. zivilrechtliche Abteilung auf einen Meinungs-austausch nach Art. 23 BGG verzichtet hatte, wurde über die Sache an der öffentlichen Sitzung vom 12. März 2009 entschieden.

Erwägungen:

1.

1.1 Der Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses über vorsorgliche Massnahmen gilt als Zwischenentscheid nach Art. 93 BGG, der einen nicht wieder gutzumachenden rechtlichen Nachteil bewirken kann und daher vor Bundesgericht anfechtbar ist (BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 86 mit Hinweisen).

1.2 Gegen das vorliegende Urteil des Bezirksgerichtsausschusses über vorsorgliche Massnahmen steht kein Rechtsmittel an das Kantonsgericht von Graubünden offen (vgl. Art. 237 ZPO/GR; PKG 1978 Nr. 21 S. 74; Urteil 5P. 232/2000 vom 19. Oktober 2000 E. 1, nicht publ. in: BGE 126 III 497; Urteil 5C\_63/2007 vom 23. November 2007 E.1.1; Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, 1986, N. 4 zu Art. 237 ZPO/GR). Da übergangsrechtlich noch kein oberes kantonaes Gericht als Vorinstanz bestehen muss (Art. 86 Abs. 2 i.V.m. Art. 130 BGG), ist der Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses letztinstanzlich.

1.3 Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen ist zudem, dass der Streitwert - nach Massgabe der Hauptsache - den Betrag von 30'000 Franken erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Im angefochtenen Beschluss wird der Streitwert entgegen Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG nicht angegeben. Unter Hinweis auf die beim Bundesgericht "hängige Beschwerdesache 5A\_660/2007", in welchem es um die Sanierung der gleichen Dienstbarkeitsanlage gehe, welche von der Vorinstanz mit einem Betrag von Fr. 40'000.-- gutgeheissen worden sei, behauptet die Beschwerdeführerin, der Streitwert für das vorliegende Verfahren betrage mindestens Fr. 40'000.--; koste die Sanierung bereits Fr. 40'000.--, sei auch der Wert der Dienstbarkeit bzw. der entsprechenden Anlage entsprechend hoch festzusetzen. Unter den gegebenen Umständen ist von einem den Betrag von mindestens Fr. 30'000.- erreichenden Streitwert auszugehen.

1.4 Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das bedeutet, dass - entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG - klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 133 III 393 E. 6 S. 397). Bei der Willkürüge (Art. 9 BV) ist in der erwähnten Form aufzuzeigen, inwiefern der kantonale Entscheid offensichtlich unhaltbar sein, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen bzw. eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen oder sonst wie in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen soll (BGE 133 I 149 E. 3.1 mit Hinweisen). Auf rein appellatorische Kritik wird nicht eingetreten. Soweit die Beschwerde diesen Anforderungen nicht entspricht, ist darauf nicht einzutreten.

1.5 Der Antrag der Beschwerdeführerin lautet lediglich auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid. Grundsätzlich ist die Beschwerde kein kassatorisches Rechtsmittel (Art. 107 Abs. 2 und Art. 117 BGG; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4345/4346). Sollten sich die Rügen als begründet erweisen, bliebe indessen nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verbunden mit der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Unter diesen Voraussetzungen erweist sich der gestellte Antrag als zulässig.

1.6 Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist - unter Vorbehalt der obigen Ausführungen - einzutreten. Damit bleibt für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde kein Raum (Art. 113 BGG).

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, indem derselbe Aktuar (Gerichtsschreiber) sowohl beim Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Imboden vom 12. Dezember 2007 als auch beim angefochtenen Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses Imboden vom 4. März 2008 mitgewirkt habe. Gemäss Art. 34 ff. des Gerichtsorganisationsgesetzes des Kantons Graubünden (GOG; BR 173.0) seien Aktuare der Bezirksgerichte Beamte der richterlichen Gewalt, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht ohne Verletzung der Ausstandspflichten sowohl bei der verfügenden Instanz wie auch bei der Beschwerdeinstanz mitwirken dürfen. Weiter rügt die Beschwerdeführerin die willkürliche Anwendung von Art. 42 lit. e GOG/GR, weil gemäss dieser Bestimmungen Aktuare in allen Angelegenheiten in den Ausstand zu treten haben, in denen sie an einem Entscheid unterer Instanzen mitwirkten.

2.2 Wird mit einer Beschwerde eine Verletzung des Anspruchs auf den verfassungs- und konventionsmässigen Richter geltend gemacht, so prüft das Bundesgericht die Auslegung und Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür. Mit freier Kognition prüft es dagegen, ob die als vertretbar erkannte Auslegung des kantonalen Prozessrechts mit den Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist (BGE 131 I 113 E. 3.2 mit Hinweisen).

2.3 Soweit die Beschwerdeführerin die Anwendung von Art. 42 lit. e GOG/GR durch den Bezirksgerichtsausschuss als willkürlich beanstandet, erweist sich ihre Beschwerde als unbegründet:

Die Beschwerdeführerin übersieht, dass der nach Eintritt der Rechtshängigkeit für Massnahmenentscheide zuständige Präsident des Bezirksgerichts (bzw. der zuständigen Kammer) im Verhältnis zum Bezirksgerichtsausschuss nicht Vorinstanz im Sinn von Art. 42 lit. e GOG/GR ist.

Artikel 237 Abs. 1 ZPO/GR statuiert eine Weiterziehungsmöglichkeit vom Präsidenten des Spruchkörpers an den Bezirksgerichtsausschuss, wobei sich das Verfahren innerhalb ein und derselben Instanz abspielt. Da Art. 42 lit. e GOG/GR in dieser Konstellation nicht greift, hat der kantonale Gesetzgeber in Art. 237 Abs. 3 ZPO/GR eine spezielle Regelung getroffen, die ausschliesslich für den Präsidenten eine Ausstandspflicht vorsieht. Die Mitwirkung des Aktuars in beiden Verfahren entspricht dem Wortlaut der Bestimmung und stellt somit keinen krassen Verstoss gegen kantonales Recht dar. Von Willkür kann nicht Rede sein (zum Willkürbegriff: BGE 119 Ia 113 E. 3a S. 117; 131 I 57 E. 2 S. 61; 133 I 149 E. 3.1).

2.4 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und der 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, so ist die Garantie verletzt (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 mit Hinweisen).

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall so genannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich eine Gerichtsperson durch ihre Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die sie nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116, mit Hinweisen).

Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung einer Gerichtsperson vorliegt, kann nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall - anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d, S. 59) - zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als noch offen erscheint (BGE 126 I 68 E. 3c, S. 73; BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 57).

Die hauptsächlich für den Strafprozess entwickelte Rechtsprechung kann nicht ohne weiteres auf das zivilprozessuale Verfahren übertragen werden (BGE 131 I 113 E. 3.6 S. 118, mit Hinweisen). Mehrfache Funktionen einer Gerichtsperson, die sich in demselben Verfahren wiederholt mit einer Streitsache zu befassen hat, begründen für sich allein nicht ohne weiteres einen Ausstandsgrund. Eine Gerichtsperson kann nur abgelehnt werden, wenn die vorhergehende Tätigkeit den objektiv begründeten Anschein der Befangenheit hervorruft; es müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Gericht einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich und der Verfahrensausgang deswegen nicht mehr offen erscheint.

2.5 Der Beschwerdeweg vom Präsidenten an den Bezirksgerichtsausschuss ist ein Rechtsbehelf, der nur gegen prozessleitende und vorsorgliche Präsidialverfügungen ergriffen werden kann. Dieser Rechtsbehelf ähnelt in gewisser Weise dem Einspracheverfahren (Rechtsbehelf innerhalb der gleichen Instanz), wobei die Zuständigkeit vom Präsidenten auf den Bezirksgerichtsausschuss erweitert wird. In dieser speziellen Konstellation ist mit Art. 30 Abs. 1 BV vereinbar, dass derselbe Aktuar sowohl am Entscheid des Präsidenten als auch im Verfahren vor dem Bezirksgerichtsausschuss mitwirkt. Anders wäre lediglich zu entscheiden, wenn objektive Anhaltspunkte für die Befangenheit des Aktuars sprächen, was vorliegend weder dargetan noch ersichtlich ist.

### 3.

3.1 Eine Verletzung des Anspruchs auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV) erblickt die Beschwerdeführerin sodann in der Sistierung der vom Kreispräsidenten U.\_\_\_\_\_ am 25. Oktober 2007 erlassenen Vollzugsbefehle durch den Bezirksgerichtsausschuss Imboden. Ausserhalb des SchKG seien nur die Kreispräsidien für Vollstreckungsfragen zuständig (Art. 255 ZPO/GR), womit die beantragte Sistierung ausschliesslich in die Zuständigkeit des Kreispräsidenten U.\_\_\_\_\_ falle. Mit der Sistierung des Vollzuges der Amtsbefehle habe der Bezirksgerichtsausschuss Imboden seinen Zuständigkeitsbereich bei vorsorglichen Massnahmen nach Art. 52 ZPO/GR sowohl in sachlicher als auch in funktioneller Hinsicht überschritten.

### 3.2

3.2.1 Gemäss Art. 52 Abs. 2 ZPO/GR ist nach Eintritt der Rechtshängigkeit einer beim Bezirksgericht anhängig gemachten Sache dessen Präsident (bzw. der Präsident der Kammer) zuständig für den Erlass geeigneter Massnahmen zur vorsorglichen Regelung der Verhältnisse oder zur Sicherstellung der Streitsache, zur Erhaltung ihres Wertes und ihrer Nutzung sowie der vorhandenen Sachlage, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sonst einer Partei ein nicht leicht wieder

gutzumachender Nachteil droht (Art. 52 Abs. 2 ZPO GR). Einschränkungen in Bezug auf den Inhalt vorsorglicher Massnahmen lassen sich dieser Bestimmung nicht entnehmen.

3.2.2 Die vorsorgliche Massnahme ist ein Institut des Prozessrechts oder des materiellen Rechts. Das einschlägige Recht bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Massnahme verlangt und angeordnet werden kann. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind unter vorsorglichen Massnahmen einstweilige Verfügungen zu verstehen, die eine Frage vorläufig regeln, d.h. Verfügungen mit provisorischem Charakter, die solange aufrecht bleiben, als aussergewöhnliche Verhältnisse ihren Bestand erfordern (vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 396). Entscheiden über den Erlass vorsorglicher Massnahmen kommt deshalb auch keine materielle Rechtskraft zu; sie können durch spätere Verfügung abgeändert oder aufgehoben werden, namentlich wenn sich die Verhältnisse geändert haben.

3.2.3 Vorliegendfalls hat der Bezirksgerichtsausschuss die an die Beschwerdegegner gerichteten Amtsbefehle nicht aufgehoben, sondern lediglich deren Vollzug vorübergehend bis zum Erlass des Endurteils sistiert. Dabei handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme, zu deren Erlass der Bezirksgerichtsausschuss offensichtlich zuständig ist (Art. 52 Abs. 2 i.V.m. Art. 237 Abs. 1 ZPO/GR). Nachdem die Beschwerdegegner auf Feststellung des Nicht-Bestands einer Dienstbarkeit in dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Umfang geklagt hatten, galt es, den bestehenden Zustand für die Dauer des Prozesses zu erhalten. Dies liess sich im konkreten Fall nur mit einer Sistierung des Vollzuges der Amtsbefehle erreichen, zumal der bestehende Zustand auf den Grundstücken nach Anordnung des Vollzugs der Amtsbefehle noch während der Dauer des Hauptverfahrens hätte verändert werden können bzw. müssen. Hat der Bezirksgerichtsausschuss aber die im konkreten Fall zur Erhaltung des bestehenden Zustandes erforderliche Massnahme getroffen, bleibt unerfindlich, inwiefern er Art. 52 Abs. 2 ZPO/GR verfassungswidrig angewendet haben soll.

4.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie hat überdies die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bezirksgerichtsausschuss Imboden schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. März 2009

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber:

Escher Zbinden