

Art. 17 Abs. 1, Art. 261 Abs. 1, Art. 364 Abs. 2 und Art. 365 Ziff. 4 ZPO; Art. 30 Abs. 2 StPO. Ablehnung eines Kantonsrichters. Verfahren. Anfechtbarkeit von Amtshandlungen, die nach Eingang des Ablehnungsbegehrens ergangen sind (Entscheid des Obergerichts Nr. 41/2001/15 vom 7. Dezember 2001 i.S. Sch.).

Hat sich der Ablehnungsgrund noch vor der Fällung eines Entscheids verwirklicht, der Ablehnende jedoch erst danach, aber noch vor dessen Eröffnung davon erfahren, so hat der Abgelehnte in nicht dringlichen Fällen das Verfahren zu stoppen und den Ausgang des Ablehnungsverfahrens abzuwarten (E. 3b).

Ein vorsorglich eingereichtes Ablehnungsbegehren ist gültig gestellt (E. 3b).

Trotzdem durchgeführte Amtshandlungen sind auf dem Rechtsmittelweg anfechtbar (E. 3c).

Aus den Erwägungen:

3.– Ein Nichtigkeitsgrund i.S.v. Art. 365 Ziff. 4 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100) liegt vor, wenn unter anderem eine abgelehnte Gerichtsperson an einer Entscheidung teilgenommen hat.

...

a) ...

b) Ablehnungsgrund bildet das Telefongespräch, das Kantonsrichter X. ... geführt hat. Dieses Gespräch hat stattgefunden, *bevor* die angefochtene Verfügung erlassen war. Denn der Ausgang der dabei vorzunehmenden Abklärung war vorbehalten und die Verfügung formell somit erst danach erlassen und dementsprechend datiert worden. Ist der Ablehnungsgrund somit noch *vor* Verfügungserlass verwirklicht worden, und hat der Ablehnende erst *danach* davon Kenntnis erhalten, so bewirkt dies nicht, dass der Mangel bezüglich dieses Entscheids nicht mehr geltend gemacht werden könnte. Vielmehr besteht in einem solchen Fall die Möglichkeit, die Mitwirkung einer abgelehnten Person mit Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen. Das gilt nach der Rechtsprechung jedenfalls dann, wenn der Ablehnende erst nach der Eröffnung des Entscheids vom Ablehnungsgrund erfahren hat (*Annette Dolge*, Der

Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren, Diss. Zürich 2001, S. 32, mit Hinweis auf OGE vom 9. Dezember 1966 i.S. M., Amtsbericht 1966, S. 48). Dasselbe muss gelten, wenn – wie hier – der Ablehnungsgrund erst nach Erlass der Verfügung bekannt geworden, die Verfügung aber trotz erklärter Ablehnung noch ausgefertigt worden ist.

Die Zivilprozessordnung sieht nicht vor, dass der betroffene Richter bis zur Erledigung des entsprechenden Begehrens den Ausstand zu nehmen hat. Dies drängt sich jedoch insbesondere mit Blick auf die Rechtssicherheit auf, wenn es nicht um besonders dringliche Amtshandlungen geht und das Ausstandsbegehren auch nicht offensichtlich unbegründet erscheint (vgl. Art. 30 Abs. 2 der Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986 [StPO, SHR 320.100]). Im vorliegenden Fall wäre es daher geboten gewesen, wenn der befasste Richter nach Eingang des vorsorglichen Ablehnungsbegehrens auch die Ausfertigung gestoppt und zuerst den Ausgang des Ablehnungsverfahrens durch die ohne seine Mitwirkung tagende I. Zivilkammer des Kantonsgerichts abgewartet hätte. Bei Ablehnung des Gesuchs hätte er weiterwirken können; wäre es dagegen gutgeheissen worden, hätte eine andere Richterin oder ein anderer Richter verfügen müssen. Dass die Verfügung bereits gefällt war, hätte dem nicht entgegengestanden. Auf einen gefällten Entscheid darf ein Gericht erst dann nicht mehr zurückkommen, wenn dieser eröffnet ist (OGE ZH vom 21. April 1997, ZR 1997 Nr. 7, S. 22); vorher tritt die formelle Rechtskraft nicht ein (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO; *Dolge*, S. 352).

Im übrigen ist unerheblich, zu welchem genauen Zeitpunkt der betroffene Richter vom Ablehnungsgesuch erfahren ... hat. Im Hinblick auf künftige Fälle sei in diesem Zusammenhang allerdings klargestellt, dass auch ein *vorsorglich* eingereichtes Ablehnungsbegehren *gültig* gestellt ist. Es handelt sich nicht um die blosser Ankündigung einer künftigen Handlung; diese hätte denn auch keine Wirkung. Die Bezeichnung "vorsorglich" bringt vielmehr zum Ausdruck, dass der Gesuchsteller nichts versäumen will und einstweilen handelt, zugleich aber auch signalisiert, gegebenenfalls darauf zurückzukommen.

c) Hat nach dem Gesagten der befasste Kantonsrichter trotz gültig gestelltem Ablehnungsgesuch weitergehandelt beziehungsweise unter seiner Verantwortung weiterhandeln lassen, so kann seine Mitwirkung von da an mit dem Nichtigkeitsgrund von Art. 365 Ziff. 4 ZPO behaftet sein. Dem ist jedoch nur so, wenn die Ablehnung tatsächlich auch *begründet* war (erwähnter OGE vom 9. Dezember 1966 i.S. M., Amtsbericht 1966, S. 48; *Dolge*, S. 32). An-

dernfalls käme die Aufhebung des angefochtenen Entscheids einem durch nichts zu rechtfertigenden Leerlauf gleich, könnte doch der zu Unrecht abgelehnte Richter nach der Rückweisung sofort wieder gleich entscheiden.

aa) Über Ablehnungsbegehren gegen einen Kantonsrichter entscheidet das Kantonsgericht in der Besetzung mit drei Richtern (Art. 17 Abs. 1 ZPO).

Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht das Ablehnungsgesuch gegen Kantonsrichter X. ... abgewiesen. Doch beschränkte es die Wirkung ausdrücklich auf das weitere Verfahren; jede Wirkung auf die angefochtene Verfügung schloss es aus.

Demzufolge ist gleich vorzugehen wie bei einem Ablehnungsbegehren, das erst nach eröffnetem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen erhoben wird: In einem solchen Fall kann das Kantonsgericht hierauf nicht zurückkommen, weil dieser bereits formell rechtskräftig geworden ist (*Dolge*, S. 352); er ist nur noch mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar (Art. 364 Abs. 2 ZPO). Das bedeutet, dass bei einer solchen Konstellation sich die Rechtsmittelinstanz *auch* mit der Ausstandsfrage zu befassen hat.

bb) [Es folgt die materielle Prüfung der Frage der Befangenheit.]