

nose auf den Entscheid des Kantonsgerichts abzustellen haben und nur davon abweichen dürfen, wenn dieses Urteil offensichtlich fehlerhaft wäre und sich geradezu als unhaltbar erwiese. Einen solchen Mangel, den der Beschwerdeführer im Übrigen gar nicht behauptet, könnte aber zweifellos auch vom Richter beurteilt werden, der am Urteil im Prozess selbst beteiligt war, ohne dass eine unzulässige Vorbefassung vorläge. Diese Situation lässt sich nämlich zwanglos mit der eines Revisionsprozesses vergleichen, in dem der früher urteilende Richter nicht als befangen gilt. Unter diesen Umständen kann sich der Beschwerdeführer nicht auf den Standpunkt stellen, es liege eine unzulässige Vorbefassung vor, weil der Beschwerdegegner zunächst im ordentlichen Verfahren mitgewirkt habe und nun darüber befinde, ob das Konkurrenzverbot im Massnahmeverfahren zu erlassen sei.

c) Schliesslich ist festzuhalten, dass der Prozessgegenstand des Massnahmeverfahrens und des ordentlichen Verfahrens sich nicht derart gleichen, dass der Ausgang des Massnahmeverfahrens bei Mitwirkung desselben Richters in beiden Verfahren weitgehend vorbestimmt ist und nicht mehr als hinreichend offen erscheint (BGE 120 Ia 88). Der Massnahmerichter hat nicht nur über den Verfügungsanspruch zu befinden, sondern auch über den Verfügungsgrund, d.h. über die Dringlichkeit der Massnahme. Sodann stellen sich für ihn im vorliegenden Fall in besonderer Weise auch die Frage der sachlichen Zuständigkeit und der materiellen Rechtskraft der Verfügung des kantonsgerichtlichen Referenten vom 9. April 1999, mit welcher der Antrag auf provisorische Anordnung des Verbots konkurrenzierender Tätigkeit abgewiesen wurde. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann der Vorinstanz beigeplant werden, dass keine objektiven Umstände vorliegen, die geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Beschwerdegegners zu erwecken. Der angefochtene Entscheid ist daher nicht zu beanstanden.

Justizkommission, 16. März 2001

§ 127^{bis} Abs. 1 und 4; § 208 Ziff. 2 und 4e ZPO. – Voraussetzungen, unter denen eine Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme zu qualifizieren ist (E. 4a). Liegt eine superprovisorische Verfügung vor, kann auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten werden. Insbesondere kann sich der Beschwerdeführer auch nicht auf den Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung gemäss § 208 Ziff. 2 ZPO berufen, da eine Verweigerung der Rechtspflege im Sinne dieser Bestimmung nach konstanter Praxis der Justizkommission nur in einem Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen bestehen kann (E. 4b).

Aus den Erwägungen:

2. Bei den vom Beschwerdeführer angefochtenen Anordnungen der ersten vorinstanzlichen Verfügung vom 11. September 2000 handelt es sich ausschliesslich um solche, die der Eheschutzrichter in seiner Verfügung aus-

drücklich als «einstweilen» bezeichnet hat. Entsprechend hat er seine Verfügung denn auch mit keinem Wort begründet, sondern lediglich auf seine Schreiben vom 30. Juni 1999 und vom 18. August 2000 an die Parteien sowie das Protokoll der «informellen» Parteibefragung vom 18. August 2000 und die Eingaben der Parteivertreter vom 31. August 2000 hingewiesen. Er hat seine Verfügung sodann auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Offensichtlich betrachtete er seine einstweiligen Anordnungen unter Ziff. III. seiner Verfügung vom 11. September 2000 als nicht weiterziehbar.

3. Der Beschwerdeführer widerspricht dieser Ansicht und macht geltend, es handle sich dabei um eine normale Verfügung im summarischen Verfahren von weitreichender Bedeutung und einer gewissen Dauer, welcher die normale Anfechtungsmöglichkeit nicht einfach durch den Vermerk «einstweilen» entzogen werden könne. Für ein solches Vorgehen, das einer Rechtsverweigerung gleichkomme, sei keine Rechtsgrundlage ersichtlich. Es könne auch rechtsstaatlich nicht angehen, dass der verfügende Richter seine eigenen Entscheide auf diese Weise der gesetzlich vorgesehen und auch notwendigen Überprüfungsmöglichkeiten entziehe. Auch wenn die Verfügung als vorläufig bezeichnet werde, was im summarischen Verfahren angesichts der fehlenden materiellen Rechtskraft und der Änderungsmöglichkeiten in gewissem Masse immer zutreffe, handle es sich im vorliegenden Fall doch eindeutig um eine Erledigungsverfügung, welche die Situation auf unbestimmbare Zeit regle und die weitere Abwicklung eindeutig präjudiziere. Bei einer Auflösung des Haushalts und Zuteilung der Kinder gehe es zweifellos um eine Erledigungsverfügung, auch wenn sie den ohnehin selbstverständlichen Vorbehalt der Abänderung enthalte. Es sei nicht zweifelhaft, dass Anordnungen des Einzelrichters betreffend Haushaltsauflösung, Kinderzuteilung etc. grundsätzlich anfechtbar seien. Noch vielmehr müsse diese Rechtswahrung für einstweilige Entscheide gelten, die von grosser Tragweite und gar noch nicht abgeklärt seien. Dies ergebe sich auch aufgrund der Formulierung: Bestätigt, aufgehoben oder abgeändert werden könne nur eine bestehende, gleichwertige Verfügung. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern hier rechtlich, sachlich und logisch eine Abgrenzung oder Unterteilung gemacht werden könnte, welche zum Nachteil der Parteien deren Rechte eindeutig schmälere und eine angemessene Interessenwahrung verunmögliche. Auch wenn man eine solche vorläufige Massnahme als prozessleitende Verfügung betrachten wolle, ergäbe sich kein anderes Ergebnis, indem gemäss §208 Ziff. 4e ZPO der Erlass provisorischer Massnahmen ausdrücklich als anfechtbar festgelegt werde. Wenn dies bereits für prozessleitende Verfügungen provisorischer Art gelte, dann müsse der Grundsatz noch viel mehr für einen effektiv materiellen Entscheid gelten. Im Weiteren sei festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung mit keinem Wort begründet sei und auf die abweichenden, berechtigten Gegenanträge des Gesuchsgegners überhaupt nicht eingetreten werde, so dass eine klare Rechtsverweigerung vorliege, weshalb die Beschwerde aufgrund von §208 Ziff. 1, 2 und 4 ZPO zulässig und berechtigt sei. Schliesslich sei auch noch festzuhalten, dass der Entscheid

auch den verfassungsmässigen Anspruch auf Rechtsgleichheit verletze, wie auch nebst den anderen Punkten im nachfolgenden materiellen Teil aufzuzeigen sein werde.

4. Macht der Gesuchsteller die Berechtigung seines Anspruches und die Dringlichkeit sofortiger Massnahmen glaubhaft, kann der Gerichtspräsident gemäss § 127^{bis} Abs. 1 ZPO auf entsprechenden Antrag vor Vernehmlassung der Gegenpartei die erforderlichen Massnahmen treffen. Auch der Eheschutzrichter muss zum Erlass solcher superprovisorischer Massnahmen für die Dauer des Verfahrens befugt sein (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 23 zu § 110 ZPO; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 1997, N 17 zu Art. 180 ZGB). Solche Verfügungen können mit Beschwerde nicht angefochten werden (§ 127^{bis} Abs. 4 ZPO). Die zugerische Gerichtspraxis hat denn auch bereits vor der Novelle vom 16. Dezember 1999, wodurch § 127^{bis} in die Zivilprozessordnung eingefügt wurde und für die superprovisorische Verfügung eine gesetzliche Grundlage geschaffen wurde, solche Verfügungen auch im Bereich des scheidungs- und eheschutzrechtlichen Massnahmeverfahrens zugelassen, wobei schon damals eine Weiterzugsmöglichkeit ausgeschlossen war.

a) Im vorliegenden Fall ist die angefochtene Verfügung als superprovisorische Massnahme zu qualifizieren. Zwar wurde der Beschwerdeführer vorgängig zur Vernehmlassung eingeladen, und er hat eine solche denn auch abgegeben. Der Eheschutzrichter kam aber offenbar zum Schlusse, dass weitere Abklärungen notwendig sind und die beiden Rechtsschriften keine genügende Grundlage für einen definitiven Entscheid bildeten. Auf der anderen Seite musste aber, da es sich hier um Kinderbelange handelte und die Parteien in einem heftigen Konflikt und ausser Stande schienen, einen vorübergehenden modus vivendi selber zu finden, sofort eine einstweilige Anordnung getroffen werden. Es war mit anderen Worten ein dringender Handlungsbedarf gegeben und ein Zuwarten, bis die notwendigen Erhebungen durchgeführt waren, ausgeschlossen. Wenn der Einzelrichter aber – zu Recht – zum Schlusse gelangte, dass ein nicht aufschiebbarer Handlungsbedarf bestand, war er durchaus berechtigt, ja verpflichtet, einstweilige, bis zum definitiven Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen geltende Anordnungen zu treffen. Diese können sich auf § 127^{bis} ZPO stützen. Dass er die Parteien bereits angehört hatte, ändert daran nichts. Wenn schon die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme zulässig ist, ohne der belasteten Partei vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, erscheint es erst recht zulässig, nach Anhörung derselben eine vorläufige Anordnung zu treffen, wenn zum Erlass einer endgültigen vorsorglichen Massnahme noch Weiterungen notwendig sind (ZR 100 Nr. 36, S. 119).

b) Liegt aber eine solche superprovisorische Verfügung vor, kann auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden.

Der Beschwerdeführer kann sich auch nicht auf den Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung gemäss §208 Ziff. 2 ZPO berufen. Eine Verweigerung der Rechtspflege im Sinne dieser Bestimmung kann nach konstanter Praxis der Justizkommission nur in einem Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen bestehen. Entscheide gerichtlicher Instanzen können dagegen, selbst wenn sie unter Verletzung von Verfahrensvorschriften gefällt wurden, nicht unter Berufung auf diesen Beschwerdegrund gerügt werden, da die Rechtsverweigerungsbeschwerde des zugerischen Straf- und Zivilprozessrechts nicht kassatorischer, sondern disziplinarischer Natur ist. Andernfalls könnte mit der Rüge der Rechtsverweigerung die Beschwerdefrist von zehn Tagen illusorisch gemacht werden, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht (vgl. ROG 1973/74, S. 74; ROG 1949/50, S. 66 und 69; GVP 1997/98, S. 191).

Justizkommission, 14. September 2001

§215 ZPO; §129 ZPO i.V.m. Art. 274g Abs. 1 OR. – Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist grundsätzlich nur gegenüber einem im ordentlichen Verfahren erlassenen Urteil oder Erledigungsbeschluss zulässig. Eine Ausnahme bilden aber Fälle, in denen im Summarverfahren definitiv über materiellrechtliche Ansprüche geurteilt wird, ohne dass die Möglichkeit eines nachfolgenden ordentlichen Verfahrens oder diejenige der Wiedererwägung oder Abänderung besteht. Bei Mietausweisungen, wenn die Kündigung angefochten und der Ausweisungsrichter gestützt auf Art. 274g OR angerufen wurde, ist die Wiederaufnahme ausnahmsweise zuzulassen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller beantragt die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäss §215 ZPO.

a) Gemäss §215 ZPO kann gegenüber den im ordentlichen Verfahren erlassenen und in Rechtskraft erwachsenen Urteilen oder Erledigungsbeschlüssen durch die Wiederaufnahme des Verfahrens die Änderung durch Neubeurteilung des Streitfalles nachgesucht werden, wenn das Gericht einzelne streitige Punkte des Rechtsbegehrens nicht beurteilt hat (Ziff. 1), wenn im Versäumnisverfahren der Ausgebliebene nicht formrichtig vorgeladen oder wenn er aus wichtigen Gründen verhindert war, zu erscheinen oder sein Ausbleiben zu entschuldigen (Ziff. 2), wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, deren Geltendmachung vor Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Entscheides trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre (Ziff. 3), wenn durch Strafurteil (oder ausnahmsweise in anderer Art) festgestellt wird, dass durch eine strafbare Handlung zum Nachteil des Gesuchstellers auf den Entscheid