

Glaubhaftmachung bezüglich der Gefährdungslage bzw. des geltend gemachten Rechtsanspruchs hat durch die neuen Vorbringen indes deutlich erschüttert zu werden, damit angesichts der Rechtskraft der Massnahme eine Aufhebung oder Abänderung als zulässig erscheint (Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 165 ff. mit Hinweisen). Im Lichte dieser allgemeinen Grundsätze ist für den vorliegenden Fall festzustellen, dass sich die Verhältnisse seit Erlass der ersten Verfügung vom 2. April 1999 wesentlich verändert hatten, indem das Kantonsgericht im Hauptsacheprozess nach Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens in seinem Urteil vom 22. Oktober 2000 die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes feststellte und dem Beschwerdeführer in Gutheissung der Klage eine konkurrenzierende Tätigkeit verbot. Aufgrund dieses Urteils musste der Einzelrichter im summarischen Verfahren im nachträglich gestellten Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen davon ausgehen, dass der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht sei.

Justizkommission, 14. September 2001

§§ 41 ff. GOG – Ausstand. Ein Kantonsrichter, der als Mitglied einer Abteilung des Kantonsgerichts im ordentlichen Verfahren bei der Fällung eines Urteils mitwirkte, in welchem dem Beklagten unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter verboten wird, die Klägerin zu konkurrenzieren, ist nicht befangen, wenn das Urteil durch den Beklagten an das Obergericht weitergezogen wird und der Klägerin für die Dauer des Berufungsverfahrens im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme bei diesem Kantonsrichter in seiner Eigenschaft als Einzelrichter im summarischen Verfahren ein Gesuch um vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbots stellt.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe sich mit der Problematik der Vorbefassung gar nicht näher auseinandergesetzt. Aus der Tatsache, dass im Verfahren betreffend vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbotes nicht nur über den Rechtsanspruch, sondern auch über den Verfügungsgrund, die sachliche Zuständigkeit und die Rechtskraft der Referentenverfügung zu befinden sein werde, leite der Vorderrichter ab, dass keine objektiven Umstände vorlägen, welche geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Beschwerdegegners zu erwecken. Faktum sei aber, dass sich der Beschwerdegegner als Mitglied des Kantonsgerichts mit dem geltend gemachten Rechtsanspruch der E. AG im Urteil vom 23. Oktober 2000 eingehend befasst habe. Weder er in seiner Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren noch die Vorinstanz hätten bestritten, dass es sich diesbezüglich um eine Vorbefassung handle. Der Beschwerdegegner sei bei der Beur-

teilung der Rechtsfrage im Massnahmeverfahren, d.h. der Frage der Zulässigkeit der Realexekution, insofern befangen und voreingenommen, als genau diese Frage im ordentlichen Prozessverfahren, in welchem der Beschwerdegegner als Richter mitgewirkt habe, beurteilt und entschieden worden sei. Auch wenn dieses Urteil zufolge der Appellation nicht in Rechtskraft erwachsen sei, könne der Beschwerdegegner von dieser Beurteilung nicht abrücken, ohne dass er das Kantonsgericht bzw. die beiden anderen Kantonsrichter damit desavouieren würde. In der Beurteilung dieser Rechtsfrage sei er offensichtlich nicht mehr offen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

2. a) Der Beschwerdeführer spricht damit ausschliesslich die Problematik der sogenannten richterlichen Vorbefassung an. Mit diesem Begriff bezeichneten Lehre und Rechtsprechung jene Fälle, in welchen sich einzelne Richter mit der konkreten Streitsache bereits früher in amtlicher (richterlicher oder anderer) Funktion befasst hatten. Das Bundesgericht stellt sich in diesen Fällen – es geht v.a. um Strafverfahren – jeweils die Frage, ob sich der betreffende Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen bezüglich einzelner Fragen schon in einem Masse festgelegt hat, dass er nicht mehr als unvoreingenommen und das Verfahren demnach nicht mehr als offen erscheint. Die frühere Tätigkeit kann – wie das Bundesgericht bemerkt – eine Art «Betriebsblindheit» zur Folge haben, so dass der Richter im späteren Verfahren Antworten auf seine Fragen im Sinn seiner Erwartung interpretiert oder Fragen übergeht, die ein unbefangener Richter sehen und stellen würde. Nach dem Strassburger Gerichtshof kann in der Mitwirkung ein und desselben Richters in mehreren Verfahrensstadien ferner ein Unterlaufen der gesetzlich – eventuell zur Sicherung der Unvoreingenommenheit – vorgesehenen Zuweisung verschiedener Funktionen an unterschiedliche Organe erblickt und ein Grund der Befangenheit gesehen werden. Es kommt aber immer auf Ausmass und Art der vorgängig getroffenen Massnahmen an. Die Konstellationen der sogenannten Vorbefassung sind sehr vielfältig (Häfliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. A., Bern 1999, S. 169; BGE 114 Ia 57).

b) Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht die Klage der E. AG im Rahmen eines ordentlichen Prozesses geschützt und dem Beschwerdeführer antragsgemäss bis zum 28. Februar 2002 verboten, die Klägerin zu konkurrenzieren. Dieses Urteil ist durch die beim Obergericht eingereichte Berufung des Beschwerdeführers nicht in Rechtskraft erwachsen, und die Klägerin strebt nun für die Dauer des Berufungsverfahrens eine vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbotes an. Sie beantragt diese einstweilige Massnahme nicht bei der Berufungsinstanz, sondern wiederum bei der ersten Instanz, also beim Kantonsgerichtspräsidium.

Soweit ersichtlich, geht es bei den in der Praxis beurteilten Fällen der Vorbefassung ausschliesslich um solche, bei denen sich der Richter in einem früheren Verfahrensstadium bzw. -abschnitt oder in einem dem in Frage ste-

henden Verfahren zeitlich vorgelagerten Verfahren mit der Streitsache bereits befasst hatte. Im vorliegenden Fall geht es hingegen gerade umgekehrt um die Frage, ob eine Vorbefassung des Richters gegeben sei, der in einem in der Regel nachgelagerten Verfahren bzw. Entscheid bereits mit der Streitsache eingehend befasst war und nun erneut mit der Sache in einem Verfahren bzw. Entscheid konfrontiert ist, das bzw. der vom Sinn und Zweck her dem früheren Verfahren bzw. Entscheid vorangeht. Diese Problematik ergibt sich hier nur, wenn man davon ausgeht, dass das zugerische Verfahrensrecht eine vorsorgliche Massnahme auch dann in die Kompetenz des erstinstanzlichen Richters legt, wenn die Hauptsache bereits an die obere Instanz weitergezogen wurde. Es handelt sich hier also um eine völlig atypische Konstellation der sogenannten Vorbefassung. Sie kann in gewisser Weise am ehesten mit der Situation verglichen werden, in der sich der Richter befindet, dessen Urteil durch die Rechtsmittelinstanz aufgehoben und zur neuen Entscheidung an ihn zurückgewiesen wird oder der nach Gutheissung einer Revision erneut zu urteilen hat. Auch hier hat der Richter schon einmal in der selben Sache aufgrund eines umfassenden Verfahrens und einlässlich entschieden. Sowohl das Bundesgericht als auch der Strassburger Gerichtshof nehmen indes in diesen Fällen keine unzulässige Vorbefassung an (Urteile Ringeisen und Diennet c/F, zitiert bei Häfliger/Schürmann, a.a.O., S. 176; BGE 113 Ia 408; 116 Ia 28). Ebenso wird es grundsätzlich als zulässig betrachtet, dass ein und derselbe Richter schon vor dem Sachentscheid prozessuale Anordnungen trifft oder Gesuche um vorsorgliche Massnahmen behandelt (BGE 114 Ia 57; ZR 2001 S. 11). Es ist nun nicht einzusehen, weshalb eine unzulässige Vorbefassung im umgekehrten Fall anzunehmen sein sollte, wenn derselbe Richter, der in der Hauptsache bereits geurteilt hat, eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer eines Rechtsmittelverfahrens anzuordnen hat. Das umso weniger, als sich der Richter in der gegebenen Konstellation sein Urteil aufgrund eines umfassenden Verfahrens und ohne Beweismittelbeschränkung gebildet hat. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen wird bezweckt, dem Gesuchsteller vor oder während eines ordentlichen Verfahrens vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. Der Entscheid muss daher rasch gefällt werden. Deswegen sind in diesem Verfahren die Beweismittel beschränkt und es werden geringere Anforderungen an die Beweisstärke – nur Glaubhaftmachen statt strikter Beweis – gestellt (vgl. Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, 12. Kap. N 149 ff. u. 190 ff.). Das Kantonsgericht hat dagegen in seinem Urteil vom 23. Oktober 2000 nach Durchführung eines umfassenden Beweisverfahrens über den Rechtsanspruch der E. AG entschieden. Der Beschwerdeführer kann daher kein schützenswertes Interesse geltend machen, dass nachträglich in einem lediglich summarischen Verfahren, das durch seine Beschränkung der Beweismittel und des Beweismasses (Glaubhaftmachung statt strikter Beweis) gekennzeichnet ist, erneut über den selben Anspruch entschieden wird. Das liefe Sinn und Zweck des Massnahmeverfahrens zuwider. Vielmehr wird der Massnahmerichter in einem solchen Fall mit Bezug auf die Hauptsachenprog-

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 beigeplichtet 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-