

der Bezug ist immer dann anzunehmen, wenn eine der Parteien Wohnsitz oder Sitz am vereinbarten Gerichtsstand hat. Ein genügender Bezug im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GestG liegt aber auch vor, wenn sich der Erfüllungsort für mindestens eine wesentliche Verpflichtung aus dem Hauptvertrag am vereinbarten Gerichtsstand befindet oder wenn der Vertragsabschluss und/oder wesentliche Vertragsverhandlungen am vereinbarten Gerichtsstand stattgefunden haben (Wirth, a.a.O., N 117 ff. zu Art. 9 GestG). Selbst wenn kein näherer örtlicher oder sachlicher Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand vorliegt, steht es im Ermessen des vereinbarten Gerichts, die prorogierte Streitsache trotzdem anzunehmen (Wirth, a.a.O., N 114 und N 122 ff. zu Art. 9 GestG).

Die Beklagte hatte im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages Sitz in Baar, Kanton Zug. Überdies wurde in Ziff. 1 des Darlehensvertrages bestimmt, dass der Kläger den Darlehensbetrag der Beklagten «auf das Konto Nr. XY bei der Post 6341 Baar» zu überweisen habe; die Überweisung auf dieses Konto erfolgte per 25. Februar 2000. Somit liegt ein genügender örtlicher und sachlicher Bezug zum gewählten Gerichtsstand Zug im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GestG vor. Das Kantonsgericht Zug ist daher verpflichtet, auf die vorliegende Klage einzutreten.

Kantonsgericht, 14. Dezember 2001

*§ 6 und 8 Abs. 1 GOG; § 93 und 129 Ziff. 3 ZPO. – Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auch während des Berufungsverfahrens (E. 2a). Die Bindungswirkung einer Massnahme beschränkt sich allein auf identische Verhältnisse; wenn sich aufgrund nachträglich veränderter Umstände die Massnahme als ungerechtfertigt erweist, muss deren Änderung, Aufhebung oder Wiedereinreichung weiterhin möglich sein. Abänderbarkeit im konkreten Fall bejaht, da sich die Verhältnisse seit Erlass der ersten Verfügung wesentlich verändert hatten, indem das Kantonsgericht im Hauptsacheprozess nach Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens in seinem Urteil die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbot feststellt und dem Beschwerdeführer in Gutheissung der Klage eine konkurrenzierende Tätigkeit verboten hatte (E. 2b).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte in zweierlei Hinsicht auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht eintreten dürfen. Einerseits sei während eines hängigen Berufungsverfahrens der obergerichtliche Referent und nicht das Kantonsgerichtspräsidium für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig; anderseits stehe dem erneuten, identi-

schen Gesuch die materielle Rechtskraft der Verfügung des kantonsgerichtlichen Referenten vom 9. April 1999 bzw. des Urteils der Justizkommission vom 2. Dezember 1999 entgegen. Dem Beschwerdeführer kann in beiden Punkten nicht beigeplichtet werden.

a) Das von der Beschwerdegegnerin gestellte Unterlassungsbegehren stützt sich in prozessualer Hinsicht auf § 129 Ziff. 3 ZPO. Nach dieser Bestimmung kann der Gerichtspräsident auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Bei dem in dieser Bestimmung erwähnten Gerichtspräsidenten handelt es sich um den Kantonsgerichtspräsidenten. Dieser bzw. ein gestützt auf die Delegationsnorm von § 6 GOG bezeichnetes anderes Mitglied des Kantonsgerichts ist sachlich für den Erlass von Verfügungen im summarischen Verfahren zuständig (§ 8 Abs. 1 GOG in Verbindung mit §§ 126 f. ZPO). Diese Zuständigkeit gilt für Verfahren vor und während der Rechtshängigkeit eines Hauptprozesses und sie dauert an, wenn der Prozess in der Hauptsache an das Obergericht oder an das Bundesgericht weitergezogen wird (Art. 58 OG; Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 31). Diese Regelung entspricht derjenigen des Kantons Aargau, wo für den Erlass vorsorglicher Massnahmen – auch bei Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens vor Obergericht – grundsätzlich der Gerichtspräsident, d.h. der jeweilige Bezirksgerichtspräsident, sachlich zuständig ist (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 1 zu § 291 AG-ZPO, N 1 zu § 303 AG-ZPO). Andere Kantone – z.B. der Kanton St. Gallen – kennen die Regelung, dass bei Rechtshängigkeit des Hauptprozesses über den Erlass vorsorglicher Massnahmen der Präsident des zuständigen Gerichts entscheidet (Art. 9 Abs. 1 SG-ZPO) und dass mit Einreichung der Berufungsschrift die Berufungsinstanz zuständiges Gericht werde (Art. 9 Abs. 2 SG-ZPO). Nach der gesetzlichen Regelung für den Kanton Zug bleibt aber das Prinzip der Einzelrichterzuständigkeit gewahrt (Brandenburg, a.a.O., S. 31). Wenn der Beschwerdeführer argumentiert, die Zuständigkeit des Obergerichts bzw. des im Berufungsverfahren zuständigen Referenten ergebe sich aus § 93 ZPO, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten:

Es ist zwar richtig, dass gemäss dieser Bestimmung der Referent vorsorgliche Massnahmen anordnen kann, und zwar sowohl der Referent im erstinstanzlichen als auch im zweitinstanzlichen Verfahren. Er kann nach dem Wortlaut der Bestimmung von § 93 ZPO aber nur die erforderlichen Massnahmen «zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes» treffen. Inhaltlich entspricht diese Regel den Bestimmungen von § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO, wonach der Gerichtspräsident Verfügungen trifft, die dazu dienen, den

bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe oder Störungen zu schützen (Ziff. 1) und den tatsächlichen Zustand bei oder nach Anhängigmachung eines Prozesses aufrechtzuerhalten (Ziff. 4). Ein Kläger hat mithin die Möglichkeit, bei oder nach Anhängigmachung des Hauptprozesses die Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes entweder gestützt auf § 93 ZPO beim zuständigen Referenten oder gestützt auf § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO beim Kantonsgerichtspräsidium zu verlangen. Er kann gestützt auf diese Bestimmungen aber nur um die genannten Sicherungsmassnahmen nachsuchen. In diesem Sinn hat sich das Obergericht bereits in dem vom Beschwerdeführer angerufenen Entscheid vom 11. Mai 1978 ausgesprochen (GVP 1977/78, S. 196 f.). § 93 ZPO bildet indes nach dessen Wortlaut keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen, welche – wie im vorliegenden Fall – bei Unterlassungsklagen provisorisch die Vollstreckung des Hauptanspruchs ganz oder teilweise vorwegnehmen; solche Leistungsmassnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen – wie gezeigt – ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist. Der Einzelrichter beim Kantonsgerichtspräsidium Zug hat sich daher zu Recht als in der Sache zuständig erklärt, auch wenn im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung der Hauptprozess bereits beim Obergericht anhängig war. Ob de lege ferenda eine andere Zuständigkeitsregelung, wie sie z.B. der Kanton St. Gallen kennt, wünschbar wäre, muss an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

b) Ihrer provisorischen Natur entsprechend muss die Änderung oder Aufhebung der vorsorglichen Massnahme jederzeit möglich sein. Ob dabei die gänzlich freie Abänderbarkeit der Massnahme zulässig sei, ist eine Frage der Rechtskraft. Nach neuerer Lehre wird der vorsorglichen Massnahme wenigstens beschränkte materielle Rechtskraft zugesprochen, d.h. die Rechtskraft ist allein für ein Verfahren derselben Erkenntnisstufe anzunehmen. An einen vorausgegangenen Massnahmeentscheid ist der ordentliche Richter daher ausschliesslich in der Funktion als Massnahmerichter als gebunden zu betrachten. Dies hat insbesondere auch für ein abgewiesenes Massnahmebegehren zu gelten, das nicht beliebig oft soll eingereicht werden können. Die Bindungswirkung an die vorangegangene vorläufige Anordnung beschränkt sich allerdings allein auf identische Verhältnisse; wenn sich aufgrund nachträglich veränderter Umstände die Massnahme als ungerechtfertigt erweist, muss deren Änderung, Aufhebung oder Wiedereinreichung weiterhin möglich sein. Eine Neubeurteilung setzt wesentliche neue Vorbringen voraus, welche die Voraussetzungen zum vorangegangenen Massnahmeerlass im Lichte der veränderten Umstände als nicht mehr erfüllt erscheinen lassen. Solche neuen Gesichtspunkte können sich aus tatsächlichen Veränderungen der Gefährdungssituation oder aus neuen Tatsachen bzw. Beweismitteln bezüglich der Anspruchsgrundlage ergeben, soweit diese auch bei minimaler Sorgfalt nicht rechtzeitig bereits hätten beigebracht werden können. Die

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-