

setzen. Eine Überschuldung wird zwar in der Regel zur Zahlungsunfähigkeit führen, möglich sind indessen Fälle, bei welchen die Überschuldung nicht zur unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit führen muss. Andererseits ist Zahlungsunfähigkeit in solchen Fällen möglich, die keine Überschuldung aufweisen (Brunner, a.a.O., N 1 zu Art. 191 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, S. 305).

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin nicht nachgewiesen ist. Dies führt zur Abweisung des Kautionsbegehrens.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 20. Juli 2004

*§ 94 f. ZPO, § 208 Ziff. 4 ZPO. – Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommission nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Es stellt sich vorab die Frage, ob gegen die vorliegende Referentenverfügung die Beschwerde überhaupt zulässig ist. Die Frage ist von Amtes wegen zu prüfen.

a) Mit der angefochtenen Verfügung hat der kantonsgerichtliche Referent einerseits das vom Beschwerdeführer gegen die nominierten Gutachter Prof. D. und Prof. R. gestellte Ablehnungsbegehren abgewiesen und andererseits festgestellt, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den auf den 15. Januar 2004 angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das medizinisch-psychiatrisch-neurologische Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet habe. Beide Entscheidungen sind prozessleitender Natur und beziehen sich auf das Beweisverfahren. Prozessleitende Verfügungen und Beschlüsse der Friedensrichter, des Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichts sind gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO nur in den dort abschliessend aufgezählten Fällen (lit. a-f)

zulässig und in anderen Fällen nur, wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind. Nach der Rechtsprechung der Justizkommission fallen unter diese Bestimmung entgegen dem strikten Wortlaut auch Verfügungen des Referenten, soweit es sich dabei nicht um einen Beweisbescheid bzw. einen Antrag dazu im Sinne von § 94 Abs. 2 ZPO handelt, gegen den die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben ist (GVP 1981/82, S. 141; GVP 1985/86, S. 125). Die beiden Rechtsbehelfe gegen eine Referentenverfügung, also die Beschwerde und die Einsprache, sind nämlich nicht kumulativ gegeben. Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann die Referentenverfügung nicht mit Beschwerde an die Justizkommission angefochten werden. Das ergibt sich schon daraus, dass gemäss § 154 Abs. 4 ZPO der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weiter gezogen werden kann.

b) Ob im vorliegenden Fall die Beschwerde zulässig ist, entscheidet sich mithin danach, ob gegen die in Frage stehende Referentenverfügung die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben ist.

c) Nach der zugerischen Verfahrensordnung ist es grundsätzlich Sache des Referenten, das Beweisverfahren vorzubereiten und insoweit auch durchzuführen (§§ 94/95 ZPO). Gemäss § 94 ZPO prüft der Referent die eingereichten Schriftsätze und setzt, wenn er die Verhandlung des Prozesses für genügend vorbereitet erachtet, Termin zur Hauptverhandlung an (Abs. 1). Findet er die durch die Schriftsätze gegebene Grundlage als nicht genügend, um den Urteilsspruch am Tage der Hauptverhandlung zu ermöglichen und erscheint ein Beweisbescheid als erforderlich, so erlässt der Referent einen bezüglichen Antrag und stellt ihn den Parteien zu (Abs. 2). Erhebt eine Partei gegen den Inhalt des Antrages oder die Abnahme der Beweise durch den Referenten binnen der im Antrag gestellten Frist Einsprache, so setzt dieser den Termin zur Hauptverhandlung an (Abs. 3). Erfolgt dagegen binnen Frist keine Einsprache, oder richtet sie sich nur gegen die Abnahme einzelner Beweismittel durch den Referenten, so schreitet dieser gemäss § 95 ZPO zur Abnahme der unbestritten gebliebenen Beweise und trifft alle Massnahmen, welche notwendig sind, um den Urteilsspruch am Tage der Verhandlung zu ermöglichen. Nach der gesetzlichen Regelung hat also der prozessleitende Richter ohne vorgängige Einholung der Zustimmung der Parteien, aber unter dem Vorbehalt einer Einsprache durch die Parteien, nötigenfalls einen Beweisbescheid zu erlassen, der schon im Einleitungsverfahren zur Ausführung gelangen muss, wenn kein Einspruch erfolgt (Kurt Bossong, Das Einleitungsverfahren vor Kantonsgericht im zugerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1944, S. 66). Im Gesetz wird der Inhalt dieses Beweisbescheides bzw. – in der Sprache des Gesetzes – des bezüglichen Antrages nicht umschrieben. Man ist versucht, ihn mit dem in § 154 Abs. 1 ZPO festgeschriebenen Inhalt für den vom Kollegialgericht ausgehenden Beweisbescheid gleich zu setzen. Danach ordnet das Gericht mit dem Beweisbescheid an, über welche Tatsachen, durch welche Partei, allenfalls mit welchen Beweismitteln und

binnen welcher Frist der Beweis anzutragen oder zu führen ist. Wie Kurt Bossong unter Rückgriff auf die Materialien und Entstehungsgeschichte überzeugend nachweist, hat der Referent indes keinen solchen Beweisbescheid zu erlassen. Sein Beweisbescheid ist in erster Linie eine Beweisabnahmeverfügung und nicht ein Bescheid über Beweisthema und Beweislast, was allerdings nicht ausschliesst, dass er neben der Zulässigkeit eines bestrittenen Beweises auch über die Frage der Relevanz eines Beweises entscheidet (a.a.O., S. 67 f., insbes. FN 156). Es handelt sich dabei um einen prozessleitenden Entscheid, der als solcher nicht in Rechtskraft erwächst (§ 154 Abs. 3 ZPO).

Margrit Spillmann weist in ihrer Zürcher Dissertation von 1973 (Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda) darauf hin, dass sich die zugerische Praxis mit dem Beweisbescheid nie habe befreunden können. In aller Regel werde kein Beweisbescheid erlassen, sondern es werde lediglich mittels einzelner Beweisverfügungen die Abnahme der verschiedenen Beweise angeordnet (S. 58 f.). Die Praxis habe überhaupt das für das Untersuchungsverfahren geltende Beweisverfahren weitgehend in das ordentliche Hauptverfahren übernommen. Insbesondere erlasse der Referent keinen eigentlichen Beweisbescheid nach § 94 ZPO (wobei Spillmann davon ausgeht, dass dieser inhaltlich § 154 Abs. 1 ZPO zu entsprechen habe), sondern nur einzelne Beweisverfügungen; Frist zur Einsprache gegen die Beweisabnahme durch den Referenten werde nicht gesetzt (a.a.O., S. 68). Diese Feststellung dürfte mit Bezug auf die Referententätigkeit jedenfalls für die jüngere Praxis nicht mehr durchwegs und vollumfänglich gültig sein. Der Referent erlässt in umfangreicheren Fällen vermehrt eine Beweisabnahmeverfügung im Sinne der vorerwähnten Ausführungen Bossongs und setzt dabei auch Frist zur Einsprache an. Nach der Praxis ist jedenfalls unbestritten, dass unbekümmert darum auch gegen die einzelnen Beweisverfügungen des Referenten gestützt auf § 94 Abs. 3 ZPO Einsprache beim Gesamtgericht erhoben werden kann (vgl. GVP 1985/86, S. 125 E. 2; JZ 1999/3.3).

d) Wie erwähnt, ersuchte der Referent der 2. Abteilung des Kantonsgerichts nach Absprache mit den Parteien am 3. Oktober 2003 Prof. R. um eine medizinische Begutachtung des Beschwerdeführers sowie um Beantwortung der von den Parteien gestellten Fragen und räumte dem Gutachter das Recht zum Beizug weiterer Sachverständigen ein, insbesondere von Dr. M. Am 31. Oktober 2003 informierte der Referent die Parteien darüber, dass Prof. R. den Gutachtensauftrag am 30. Oktober 2003 angenommen habe. Dieses Schreiben lässt sich zwanglos als Beweisverfügung im oben erwähnten Sinne qualifizieren, teilte der Referent den Parteien doch darin abschliessend mit, dass die von den Parteien beantragte Begutachtung des Beschwerdeführers durch die beiden vorerwähnten Sachverständigen erfolge (§ 94 i.V.m. § 181 ff. ZPO). Nachdem Prof. R. gegenüber dem Referenten erklärt hatte, anstelle von Dr. M. werde Prof. D. die Begutachtung des Beschwerde-

führers vornehmen, kam der Referent auf seine Beweisverfügung insoweit zurück, als er den Parteien im Schreiben vom 19. Dezember 2003 erläuterte, von Seiten des Gerichts bestünden keine Einwendungen gegen den Beizug von Prof. D., weshalb ohne begründeten Gegenbericht bis zum 5. Januar 2004 davon ausgegangen werde, dass auch die Parteien damit einverstanden seien. Damit bestimmte der Referent Prof. D. unter Vorbehalt allfälliger Einwendungen durch die Parteien zum (Mit-)Gutachter. Dieses Vorgehen ist wie erwähnt nicht zu beanstanden, erwächst eine Beweisverfügung doch nicht in Rechtskraft und kann vom Richter unter Angabe der Gründe abgeändert werden (§ 154 Abs. 4 ZPO; Margrit Spillmann, a.a.O., S. 57). Mit Eingabe vom 24. Dezember 2003 lehnte der Beschwerdeführer Prof. D. und «aufgrund soeben bekannt gewordener Noven» auch Prof. R. ab. Diese Ausstandsbegehren wies der Referent mit Verfügung vom 26. Januar 2004 ab. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Referent diesen Entscheid selber gefällt und nicht direkt dem Kantonsgericht vorbehalten hat. Wenn er im Rahmen seiner Referententätigkeit zur Nomination des Gutachters zuständig ist, ist nicht einzusehen, weshalb er nicht auch über ein allfälliges Ablehnungsbegehren der Parteien gegen den in Aussicht genommenen Experten zunächst sollte befinden dürfen. Auch dieser Entscheid kann durchaus als Beweisverfügung aufgefasst werden, bezieht er sich doch ebenfalls auf die Abnahme von Beweismitteln. Die Referentenverfügung vom 26. Januar 2004 unterliegt mithin als Beweisverfügung der Einsprache an das Kollegialgericht. Dementsprechend ist aber die Beschwerde an die Justizkommission ausgeschlossen. Auf den Beschwerdeantrag I kann daher nicht eingetreten werden.

e) Indem der kantonsgerichtliche Referent in der hier angefochtenen Verfügung des Weiteren feststellte, der Beschwerdeführer habe auf die Begutachtung seines Gesundheitszustandes überhaupt verzichtet, kam er auch insoweit auf seine ursprüngliche Beweisverfügung, mit der er die Einholung eines Gutachtens angeordnet hatte, zurück, was – wie bereits erwähnt – an sich zulässig ist. Die angefochtene Verfügung stellt sich daher auch insofern als Beweisverfügung dar. Zwar wird damit nicht die Abnahme eines Beweismittels angeordnet, sondern vielmehr die Abnahme eines beantragten und zunächst angeordneten Beweismittels nachträglich verweigert. Wie bereits erwähnt, ist der Referent im Rahmen seines Beweisbescheides bzw. Antrages berechtigt, angerufene Beweise unberücksichtigt zu lassen (Kurt Bosson, a.a.O., S. 68). Er lehnt diese dabei zwar nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend ab. Indes ist nicht zu verkennen, dass sich die Einsprachemöglichkeit gegen eine Beweisverfügung des Referenten auch aus der Einsprachemöglichkeit gegen seinen Antrag zu einem Beweisbescheid herleitet. Erlässt er einen solchen und lehnt darin, sei es auch nur stillschweigend, die Abnahme eines bestimmten beantragten Beweises ab, womit die Parteien nicht einverstanden sind, steht ihnen wohl die Einsprache an das Kantonsgericht ebenfalls zur Verfügung. Es wäre deshalb unverständlich, wenn den Parteien in der vorliegenden Konstellation die Einsprache nicht

zur Verfügung stünde. Im Übrigen dürfte der endgültige Entscheid darüber, ob der Beschwerdeführer durch sein Verhalten auf das angerufene Beweismittel verzichtet habe, ohnehin vom Kantonsgericht zu treffen sein, das ja an die prozessleitenden Verfügungen des Referenten nicht gebunden ist (§ 154 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Damit ist aber die Beschwerde an die Justizkommission auch insoweit ausgeschlossen. Dementsprechend kann auch auf den Beschwerdeantrag 2 nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 11. November 2004

*§ 129 Ziff. 3 ZPO – Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Nach § 129 Ziff. 3 ZPO – auf welche Bestimmung sich das vorliegende Gesuch stützen lässt – 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». Glaubhaft zu machen sind der Anspruch, dem durch eine vorsorgliche Massnahme einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden soll, und der Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruchs bei nicht sofortigem vorsorglichem Eingreifen des Richters (Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1982, S. 132 ff.). Glaubhaftmachen heisst, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt sein muss, vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Ungenügend ist hingegen eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 5 zu § 110 ZPO-ZH). Der Gesuchsgegner kann das Glaubhaftmachen des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht bestehe. Will der Gesuchstel-