

**Zivilprozessordnung. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Art. 30 Abs. 1 BV. Grundsätzliche Zulässigkeit der Personalunion zwischen dem Richter, der über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung) entscheidet, und dem in der Hauptsache (Klage betreffend Ausübung des Vorkaufsrechts mit Eintragung von Grundeigentum) entscheidenden Richter.**

Obergericht, 11. Juni 2010, OG Z 10 2

(Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, BGE 5A\_584/2010 vom 30.11.2010.)

**Aus den Erwägungen:**

2. Nach der in Art. 58 Abs. 1 aBV bzw. im materiell unverändert in die neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 überführten Art. 30 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt. Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter *Vorbefassung* stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen (BGE 131 I 116 E. 3.4 m.H.). Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, kann nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall - anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände - zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als noch offen erscheint (BGE 131 I 117 E. 3.4 m.H.).

3. Im Gegensatz zum Strafverfahren wird der - wie vorliegend interessierend - Zivilprozess vor ein und demselben staatlichen Organ - dem Gericht - eröffnet, nach der Verhandlungsmaxime durchgeführt und (meistens durch Urteil) beendet. Mehrfache Funktionen des Zivilrichters, der sich in demselben Verfahren wiederholt mit einer Streitsache zu befassen hat, begründen daher für sich allein nicht ohne Weiteres einen Ausstandsgrund. Das Bundesgericht hat diesen für den Zivilprozess geltenden Grundsatz in mehreren Urteilen konkretisiert. Im unpublizierten Urteil 4C.514/1996 vom 15. Dezember 1997 hat sich das Bundesgericht mit der Personalunion zwischen dem Richter, der über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen entscheidet, und dem in der Hauptsache entscheidenden Richter auseinandergesetzt. Es bejahte die Zulässigkeit unter Heranziehung von Sinn und Zweck der verfahrensrechtlichen Institution des vorläufigen Rechtsschutzes. Dieser soll die Parteien vor oder während der Hängigkeit des Prozesses dagegen schützen, dass der Streitgegenstand während des Prozesses dem späteren Zugriff entzogen wird (Sicherungsfunktion); er soll Rechte und Pflichten während der Prozessdauer im Dauerrechtsverhältnis regeln (Regelungsfunktion), und er soll verhindern, dass das angestrebte Prozessziel durch den Zeitablauf bis zum Urteil ganz oder teilweise illusorisch gemacht wird (Leistungsfunktion). Obschon der vorläufige Rechtsschutz insofern stets den materiellrechtlichen Anspruch zum Gegenstand hat, dient er allein den erwähnten besonderen Zielen. Er beruht zudem auf bloss glaubhaft gemachten Tatsachen und präjudiziert den Entscheid im Hauptprozess nicht (BGE 131 I 118 f. E. 3.6 m.H.).

4. Sind die Motive des erstinstanzlichen Urteils zutreffend und ausreichend, so kann das bestätigende Urteil der oberen Instanz kurzerhand auf sie verweisen (BGE 123 I 34 E. 2c, 111 Ia 4 E. 4a, 103 Ia 409 E. 3a; BGE 4A\_113/2008 vom 09.06.2008 E. 4.3 und 1P.69/2004 vom 07.04.2004 E. 1.1.4, Letzterer in ZBI 2005 S. 262). Denn es hat keinen

praktischen Wert in mehr oder weniger veränderter Redaktion das Gleiche zu sagen (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N. 3 zu Art. 351). Es kann deshalb vorliegend, was die Beurteilung der von der Rekurrentin gerügten Vorbefassung der Landgerichtspräsidentin und der Landgerichtsschreiberin betrifft, auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (E. 2.1.3 und 2.1.4) verwiesen werden.

Ergänzend und teilweise wiederholend sei angefügt, dass gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung die Personalunion zwischen dem Richter, der über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen - vorliegend die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 223 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 232 Abs. 2 lit. b ZPO - entscheidet, und dem in der Hauptsache - Klage betreffend Ausübung des Vorkaufsrechts mit Eintragung von Grundeigentum (Art. 681a ZGB, Art. 216c ff. OR) - entscheidenden Richter grundsätzlich zulässig ist (BGE 131 I 119 E. 3.6). Entscheidend für das Vorliegen einer zulässigen Vorbefassung ist, dass der gleiche Richter im Ergebnis nicht zweimal dieselbe materielle oder prozessuale Rechtsfrage untersucht. Die Fragen müssen dabei nicht identisch sein, es genügt, wenn es sich um ähnliche oder qualitativ gleiche Fragen handelt (statt vieler: BGE 120 Ia 187 E. 2b). Ausschlaggebend für die Zulässigkeit einer Vorbefassung ist zudem, ob das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu beurteilenden Fragen offen und nicht vorbestimmt erscheint (statt vieler: BGE 126 I 73 E. 3). Allein die Tatsache, dass einem Verfahren der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt, begründet noch keinen Zusammenhang der entscheidwesentlichen Fragen und genügt in der Praxis noch nicht zur Begründung einer Vorbefassung (Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 146).

5. Vorliegend handelt es sich bei den sich stellenden Rechtsfragen nicht um dieselben prozessualen oder materiellen bzw. auch nicht um ähnliche oder qualitativ gleiche Rechtsfragen. Bei der Vormerkung der Verfügungsbeschränkung geht es um eine Rechtsfrage im Rahmen der verfahrensrechtlichen Institution des vorläufigen Rechtsschutzes. Dieser soll den Rekursgegner vor oder während der Hängigkeit des Prozesses dagegen schützen, dass der Streitgegenstand (Grundstück) während des Prozesses dem späteren Zugriff entzogen wird (Sicherungsfunktion). Im Hauptprozess geht es um die Rechtsfrage, ob dem Kläger (vorliegend Rekursgegner) das Eigentum an einem Grundstück gerichtlich zuzusprechen ist oder nicht. Es geht dabei u.a. um die Prüfung des Eintritts des Vorkaufsfalles, der Kenntnisnahme und der Geltendmachung des Vorkaufsrechts und der daraus abzuleitenden Rechtsfolgen. Es geht m.a.W. nicht, wie bei der Vormerkung der Verfügungsbeschränkung, in erster Linie um prozessuale Fragen, sondern im Wesentlichen um materielle Rechtsfragen betreffend Übertragung von Grundeigentum. Hinzu kommt, dass jeweils auch verschiedene Verfahrensbestimmungen - beim vorläufigen Rechtsschutz: summarisches Verfahren mit blosser Glaubhaftmachung - massgebend sind. Der Entscheid im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes präjudiziert in keiner Weise den Entscheid in der Hauptsache. Im Übrigen schloss das Bundesgericht, dass selbst der Umstand eines Vermittlungsversuches als solcher die Unparteilichkeit eines Richters nicht in Frage zu stellen vermag (BGE 131 I 119 f. E. 3.6). Der Richter, der über vorsorgliche Massnahmen entscheidet, darf somit in der Regel beim Entscheid in der Hauptsache mitwirken, ausser es würde der Eindruck bestehen, dass bei objektiver Betrachtungsweise der Ausgang des Verfahrens z.B. durch Äusserungen des Richters nicht mehr als offen erscheint. Selbst wenn vorliegend im Entscheid betreffend die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung (LGP 09 106 vom 03.07.2009) eine Hauptsachen- bzw. Nachteilsprognose vorgenommen werden musste, wurde damit der endgültige Entscheid in der Hauptsache (LGZ 09 13) nicht vorweggenommen. Gestützt auf den Entscheid LGP 09 106 ist betreffend das Verfahren LGZ 09 13 keine unzulässige Vorbefassung erkennbar. Der Entscheid LGP 09 106 wurde sachlich abgefasst. Der Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache erscheint nach wie vor als offen. Eine unzulässige Vorbefassung durch die Landgerichtspräsidentin und durch die Landgerichtsschreiberin liegt nicht vor.