

erweist sich somit als völlig unbegründet, was zu deren Abweisung und zur Bestätigung des angefochtenen Urteils führt.

(Obergericht, Zivilrechtliche Abteilung, 24. September 1996, i.S. D./A.)

*§ 183 Abs. 2 ZPO. – Instruktion des Sachverständigen. Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung ist eine mündliche Verhandlung nur dann anzuberaumen, wenn sie zweckmässig und für eine umfassende Instruktion des Sachverständigen nötig erscheint. Daran vermag auch ein übereinstimmender Antrag beider Parteien nichts zu ändern.*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Die Parteien rügen übereinstimmend, dass das Kantonsgericht dem von den Beschwerdegegnern ausdrücklich gestellten und vom Beschwerdeführer stillschweigend unterstützten Antrag, der Experte sei an einer mündlichen Verhandlung zu instruieren, nicht entsprochen habe. Sie halten dafür, der Richter sei zur Durchführung einer mündlichen Instruktionsverhandlung immer dann verpflichtet, wenn die Parteien dies verlangten, und sie stellen sich auf den Standpunkt, der Beschluss verletze deshalb eine klare Prozessvorschrift.

b) Nach § 183 Abs. 1 ZPO ist dem Experten die vorgenommene Ernennung schriftlich mitzuteilen, und gleichzeitig sind ihm die zu beantwortenden Fragen nebst den erforderlichen Akten und Erläuterungen zu unterbreiten. Wenn die Parteien es verlangen, setzt der Richter gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung zur Instruktion des Sachverständigen eine mündliche Verhandlung an. Den Parteien ist die Teilnahme daran und das Vorbringen von ergänzenden Erklärungen im Rahmen des Expertise-Beschlusses freigestellt.

Die zugerische Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 lehnt sich unter anderem stark an die Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 29. April 1928 an, die bis 1989 in Kraft war. Dies gilt insbesondere auch für die Bestimmungen über den Beweis durch Sachverständige. So entsprechen § 183 Abs. 1 und 2 der zugerischen Prozessordnung § 250 Abs. 1 des früheren thurgauischen Zivilprozessrechts. Gemäss der zu § 250 der thurgauischen Zivilprozessordnung entwickelten Praxis wurde die schriftliche Instruktion des Sachverständigen zur Regel erklärt (Böckli, Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau, Frauenfeld 1930, N 2 zu § 250). Der Richter konnte indes «nötigenfalls» – und hier liegt die einzige Differenz zur zugerischen Bestimmung – eine mündliche Verhandlung zur Instruktion des Sachverständigen ansetzen. Es handelt sich dabei aber nicht um einen inhaltlichen Unterschied zur zugerischen Prozessregel. Eine mündliche Verhandlung ist nämlich auch nach der zugerischen Praxis nur dann anzuberaumen, wenn sie zweckmässig und für eine umfassende Instruktion des Sachverständigen

nötig erscheint (vgl. dazu auch Christoph Leuenberger in: Das St. Gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, herausgegeben von Yvo Hangartner, S. 142). Dies lässt sich aus der prozessualen Regel herleiten, dass jedem Begehren ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegen muss. Auch mit Bezug auf die Anordnung einer Oberexpertise wird von den Parteien verlangt, dass sie begründet dartun, das Gutachten sei unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet; sie haben darzulegen, dass es zur Ermittlung des wesentlichen Tatbestandes nicht ausreiche und eine andere Expertise aller Voraussicht weitere Klärung bringe. In § 186 Abs. 1 ZPO sind diese Voraussetzungen ebenfalls nicht ausdrücklich aufgeführt; es wird lediglich festgehalten, dass die Parteien «nach Eingang des Gutachtens... die Bestellung von anderen Sachverständigen verlangen können», aber eben nur dann, wenn sie – wie im Falle der Ansetzung einer mündlichen Instruktionsverhandlung – ein schutzwürdiges Interesse geltend machen können (vgl. GVP 1991/92, S. 144 f.; Peter Saladin, *Recht und Wirtschaft* heute, Festgabe Max Kummer, Bern 1980, S. 678 f.). Der Auffassung der Parteien, der Richter habe immer dann, wenn sie eine mündliche Verhandlung verlangten, dem Begehren zu entsprechen, auch wenn dieses nicht begründet werde und kein Rechtsschutzinteresse vorhanden sei, kann somit nicht gefolgt werden. Der Richter hat vielmehr aufgrund der Vorbringen der Parteien zu prüfen, ob eine mündliche Instruktion erforderlich ist, um dem Sachverständigen die notwendigen Grundlagen für das Ausfertigen einer Expertise zu vermitteln. Diesen Entscheid trifft er nach richterlichem Ermessen, und Ermessensentscheide können nicht wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften angefochten werden (vgl. dazu Böckli, a.a.O., N 2 c zur analogen thurgauischen Bestimmung von § 292 Ziff. 3), jedenfalls soweit nicht die Grenzen des Ermessens überschritten werden (Baumgartner, a.a.O., S. 84). Dass letzteres der Fall sei, haben die Parteien nicht dargetan. Das Kantonsgericht hat daher die Prozessbestimmung von § 183 Abs. 2 ZPO nicht verletzt, wenn es das Begehren der Parteien um Ansetzung einer mündlichen Instruktionsverhandlung als unbegründet abgewiesen hat. Auch das in Art. 6 EMRK garantierte Recht der Parteien auf Teilnahme am Beweisverfahren und der daraus abgeleitete Anspruch, den Sachverständigen Fragen stellen zu können, ist nicht verletzt worden, so dass die Parteien nichts daraus ableiten könnten, selbst wenn man davon ausgehen wollte, die erwähnte Konventionsbestimmung stelle eine klare Prozessvorschrift dar (vgl. dazu Sabine Kofmel, *Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren*, Bern 1992, S. 50 und 194). Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, dem Gutachter Ergänzungsfragen schriftlich zu unterbreiten; damit wurde dem aus Art. 6 EMRK fließenden Anspruch Genüge getan. Die Verletzung einer klaren Prozessregel kann auch nicht in der Weigerung der Vorinstanz erblickt werden, anlässlich einer mündlichen Verhandlung Vorabklärungen über die fachliche Eignung des in Aussicht genommenen Sachverständigen zu treffen. Zum einen erscheint es fraglich, ob aufgrund von § 183 Abs. 2 ZPO eine mündliche Verhandlung zu diesem Zwecke überhaupt verlangt werden kann, da diese Bestimmung sich auf die

Instruktion in der Sache selbst bezieht. Zum andern hatten die Parteien Gelegenheit, sich zur Befähigung des Experten zu äussern und Einwendungen zu erheben. Die Beschwerdegegner erhoben denn auch Einwendungen betreffend Ausbildung und Fähigkeiten des in Aussicht genommenen Experten. Sie machten geltend, dieser könne sich nicht über praktische Erfahrung in der Handhabung von mobilen Kranfahrzeugen ausweisen, da er für die Ausbildung und Prüfung von Hochbau-Kranführern zuständig sei. Die Vorinstanz hat in der Folge den Gutachter hierzu befragt. Erst die positive Antwort des Gutachters, wonach er in seiner Tätigkeit bei der Baupolizei Zürich auch mit Mobilkränen zu tun habe, hat die Vorinstanz bewogen, den Expertenauftrag zu erteilen. Auch dieser Ermessensentscheid verletzt keine bestimmte Prozessvorschrift.

(Justizkommission, 20. Januar 1995, i.S. B. / P. AG und R.)

*§ 208 Ziff. 3 und 4 ZPO. – Der Beschluss, mit welchem sich das Kantonsgericht zur Beurteilung einer Klage zuständig erklärt, kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Der Kläger klagte beim Kantonsgericht auf Abänderung des zwischen den Parteien ergangenen Scheidungsurteils, worauf die Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Kantonsgerichts erhob. Dieses beschloss in der Folge, auf die Klage einzutreten. Dagegen reichte der Kläger Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts ein.

*Aus den Erwägungen:*

2. b) Die Beschwerde mit appellatorischer Wirkung ist gemäss § 208 Ziff. 4 nur gegen fünf ausdrücklich genannte Arten prozessleitender Entscheide möglich. Gegen alle übrigen prozessleitenden Entscheidungen ist die Beschwerde nur zulässig, wenn ein bestimmter Mangel, d.h. die Verletzung einer klaren Prozessvorschrift angeführt werden kann. Unter klaren Prozessvorschriften sind nur solche zu verstehen, die im Gesetz eine ausdrückliche Regelung erfahren haben und über deren Bedeutung keine ernsthaften Zweifel möglich sind, nicht aber blosser Gerichtsgebräuche. In erster Linie kommen die Vorschriften der ZPO und des GOG in Frage. Da aber auch viele Bundesgesetze prozessuale Vorschriften enthalten, die der kantonale Richter zu berücksichtigen hat, so muss auch bei Verletzung von solchen Beschwerde zulässig sein. Ausgeschlossen ist die Beschwerde gegen einen Entscheid, den der Richter in Anwendung des freien richterlichen Ermessens gefällt hat, sofern er die Grenze des richterlichen Ermessens nicht überschritten hat. Gegen eine Anzahl prozessleitender Entscheide ist durch das Gesetz eine gesonderte Weiterziehung ausdrücklich ausgeschlossen. Es sind