

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 Mobilkranen 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

dies Verfügungen und Beschlüsse zur Behebung von Prozessvoraussetzungs-
mängeln, falls gegen sie ein Rechtsmittel nicht ausdrücklich eingeräumt ist
(Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 84). Wie bereits erwähnt, gehört dazu
gemäss § 52 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 ZPO der Entscheid über die
Zuständigkeit des Richters. Darunter ist sowohl die örtliche, sachliche wie
funktionelle und graduelle Zuständigkeit zu verstehen. § 208 Ziff. 3 ZPO
räumt gegen Unzuständigkeitserklärungen der Friedensrichter, des Kantons-
gerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichtes ausdrücklich
das Beschwerderecht ein. Die «Zuständigkeitserklärung» des Richters, also
der Entscheid mit dem er seine Zuständigkeit bejaht, wird hingegen nir-
gends ausdrücklich erwähnt. Aus der Tatsache, dass der negative richterliche
Entscheid über die Zuständigkeit eine ausdrückliche Erwähnung fand, ist zu
schliessen, dass die Nichterwähnung des positiven Zuständigkeitsentscheides
ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers darstellt. Die Beschwerde
kann sich daher auch nicht auf § 208 Ziff. 4 in fine ZPO stützen.

c) Im übrigen vermöchte auch die Argumentation der Beschwerdeführe-
rin nicht zu überzeugen, wonach die klare Prozessvorschrift von § 89 Abs. 1
ZPO im vorliegenden Fall verletzt sein sollte, wenn grundsätzlich die Be-
schwerde auch gegen die «Zuständigkeitserklärung» des Gerichtes im Sinne
von § 208 Ziff. 4 in fine ZPO zulässig wäre. Gemäss § 89 Abs. 1 ZPO prüft
der Referent u.a. die Zuständigkeit des angerufenen Richters von Amtes
wegen. Tritt das Gericht in der Folge auf eine Klage trotz fehlender Zustän-
digkeit ein, so verletzt es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin
damit keineswegs die klare und eindeutige Prozessvorschrift, die ihm die
Zuständigkeitsprüfung aufträgt, sondern wendet allenfalls andere Vorschrif-
ten über die örtliche Zuständigkeit unrichtig an. Die klare Pflicht zur Prü-
fung der Zuständigkeitsfrage durch den Referenten (§ 89 ZPO) bzw. durch
den erkennenden Richter (§ 52 ZPO) ist selbstverständlich nicht verletzt,
wenn der Richter bei der Prüfung dieser Frage zu einem unrichtigen Ergeb-
nis gelangt. Dass die Auffassung der Beschwerdeführerin rechtsirrtümlich
ist, zeigt sich darin, dass nach dieser Auffassung jeder prozessleitende Ent-
scheid gestützt auf § 208 Ziff. 4 in fine ZPO angefochten werden könnte, da
in verschiedenen Prozessbestimmungen der zuständige Richter zur Prozess-
leitung verpflichtet ist und in diesem Zusammenhang Entscheide zu fällen
hat.

(Justizkommission, 27. Januar 1995, i.S. P./A.)

*§ 208 Ziff. 4 ZPO; § 36 ZPO; § 43 ZPO. – Gegen eine prozessleitende Verfügung
der Vorinstanz, worin dem Kläger ein Kostenvorschuss auferlegt wird, ist die
Beschwerde an die Justizkommission nur gegeben, wenn der Entscheid ge-
gen klare Prozessvorschriften verstösst. Keine Anfechtung der Verfügung un-
ter dem Aspekt der Sicherstellung von Prozesskosten, da darunter nur Ent-*