

# TE OGH 2007/11/29 1Ob231/07p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.11.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Univ.-Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. E. Solé und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ernst E\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Lechner, Dr. Ewald Wirleitner, Mag. Claudia Oberlindober und Dr. Hubert Niedermayr, Rechtsanwälte in Steyr, wider die beklagte Partei Marktgemeinde S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Roland Gabl, Dr. Josef Kogler, Mag. Harald Papesch und Mag. Helmut Leitner, Rechtsanwälte in Linz, wegen Feststellung (Streitwert EUR 30.000), infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 27. September 2007, GZ 2 R 74/07a-16, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Mit Punkt 1 seines Beschlusses ließ das Erstgericht eine Klageänderung nicht zu; weiters wies es die Klage zurück (Punkt 2) und verurteilte die klagende Partei zum Kostenersatz (Punkt 3). Das Rekursgericht hob diese Entscheidung „ersatzlos“ auf, wies die Rekursbeantwortung zum Teil zurück und traf eine Kostenentscheidung. Es sprach aus, dass der Entscheidungsgegenstand EUR 20.000 übersteige und dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Es vertrat die Rechtsansicht, es liege keine Klageänderung, sondern eine (zulässige) Modifikation des Klagebegehrens vor, über die das Erstgericht nicht abzusprechen gehabt hätte, weswegen Punkt 1 des erstinstanzlichen Beschlusses ersatzlos zu beheben sei. Es sei davon auszugehen, dass das Erstgericht das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache nur hinsichtlich der ursprünglichen (nunmehr nicht mehr relevanten) Fassung des Feststellungsbegehrens für gegeben erachtet habe, sodass auch Punkt 2 des erstinstanzlichen Beschlusses aufzuheben sei. Eine sofortige Beurteilung der von der beklagten Partei erhobenen Prozesseinrede der entschiedenen Rechtssache unter Zugrundelegung des modifizierten Begehrens sei dem Rekursgericht zwecks Wahrung der funktionellen Zuständigkeit verwehrt. Über diese Prozesseinrede sowie die weiters von der beklagten Partei geltend gemachte Unzulässigkeit des (streitigen) Rechtswegs werde das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren zu entscheiden haben.

Im Umfang der Aufhebung des Punktes 1 der erstgerichtlichen Entscheidung erwuchs der Beschluss des Rekursgerichts in Rechtskraft.

## Rechtliche Beurteilung

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts, soweit damit die Punkte 2 und 3 des erstinstanzlichen Beschlusses aufgehoben wurden, richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der beklagten Partei. Dieser ist absolut unzulässig.

Die Bekämpfung eines Aufhebungsbeschlusses, gegen den die zweite Instanz den Rekurs nicht zuließ, ist jedenfalls unzulässig, wenn keine sachliche Entscheidung des Rekursgerichts vorliegt, sondern das Erstgericht neuerlich eine Entscheidung treffen muss (RIS-Justiz RS0044059; RS0043986). In diesen Fällen liegt ein „echter Aufhebungsbeschluss“ iSd § 527 Abs 2 ZPO vor, da das Rekursgericht eine bestimmte Frage, über die eine Entscheidung zu ergehen hat, noch nicht abschließend erledigt hat. Dabei kommt es auf den Wortlaut des Spruchs der zweitinstanzlichen Entscheidung (z.B. „ersatzlos“) nicht an, sondern nur auf deren Inhalt (3 Ob 24/86). Entscheidend ist, ob - wie im vorliegenden Fall - aus der Begründung des Beschlusses eindeutig hervorgeht, dass das Erstgericht eine neuerliche Entscheidung zu treffen haben wird (6 Ob 1539/84). Nur ein Beschluss des Rekursgerichts, mit dem ein Zurückweisungsbeschluss des Erstgerichts, der wegen des Fehlens von Prozessvoraussetzungen oder des Vorliegens eines Prozesshindernisses ergangen ist, endgültig beseitigt worden wäre, stellte eine abändernde Entscheidung dar (RIS-Justiz RS0044033) und wäre anfechtbar. Auch kommt es für die Anfechtbarkeit eines ohne Rechtskraftvorbehalt gefassten Aufhebungsbeschlusses des Rekursgerichts nicht darauf an, ob das Rekursgericht schon selbst endgültig entscheiden hätte können, sodass sich die Aufhebung des erstgerichtlichen Beschlusses an sich als entbehrlich erwiese. Maßgeblich ist ausschließlich, wie das Rekursgericht tatsächlich entschieden hat (5 Ob 24/83). Daran ändert auch nichts, dass die Revisionsrekurswerberin eine Nichtigkeit geltend macht, indem sie vorbringt, die Rechtssache gehöre nicht auf den streitigen Rechtsweg bzw die Klage wäre wegen entschiedener Rechtssache zurückzuweisen gewesen, und damit das Fehlen einer absoluten Prozessvoraussetzung behauptet, die das Rekursgericht von Amts wegen hätte berücksichtigen müssen. Hat das Rekursgericht seinem Aufhebungsbeschluss keinen Rechtskraftvorbehalt beigesetzt, ist ein Revisionsrekurs nämlich selbst dann ausgeschlossen, wenn eine Nichtigkeit als Anfechtungsgrund geltend gemacht wird (RIS-Justiz RS0044051), setzt doch die Prüfung eines etwa vorliegenden Nichtigkeitsgrundes ein zulässiges Rechtsmittel voraus (vgl Kodek in Rechberger, ZPO3 § 477 Rz 2; SZ 38/27 uva). Die Bekämpfung eines Aufhebungsbeschlusses, gegen den die zweite Instanz den Rekurs nicht zuließ, ist jedenfalls unzulässig, wenn keine sachliche Entscheidung des Rekursgerichts vorliegt, sondern das Erstgericht neuerlich eine Entscheidung treffen muss (RIS-Justiz RS0044059; RS0043986). In diesen Fällen liegt ein „echter Aufhebungsbeschluss“ iSd Paragraph 527, Absatz 2, ZPO vor, da das Rekursgericht eine bestimmte Frage, über die eine Entscheidung zu ergehen hat, noch nicht abschließend erledigt hat. Dabei kommt es auf den Wortlaut des Spruchs der zweitinstanzlichen Entscheidung (z.B. „ersatzlos“) nicht an, sondern nur auf deren Inhalt (3 Ob 24/86). Entscheidend ist, ob - wie im vorliegenden Fall - aus der Begründung des Beschlusses eindeutig hervorgeht, dass das Erstgericht eine neuerliche Entscheidung zu treffen haben wird (6 Ob 1539/84). Nur ein Beschluss des Rekursgerichts, mit dem ein Zurückweisungsbeschluss des Erstgerichts, der wegen des Fehlens von Prozessvoraussetzungen oder des Vorliegens eines Prozesshindernisses ergangen ist, endgültig beseitigt worden wäre, stellte eine abändernde Entscheidung dar (RIS-Justiz RS0044033) und wäre anfechtbar. Auch kommt es für die Anfechtbarkeit eines ohne Rechtskraftvorbehalt gefassten Aufhebungsbeschlusses des Rekursgerichts nicht darauf an, ob das Rekursgericht schon selbst endgültig entscheiden hätte können, sodass sich die Aufhebung des erstgerichtlichen Beschlusses an sich als entbehrlich erwiese. Maßgeblich ist ausschließlich, wie das Rekursgericht tatsächlich entschieden hat (5 Ob 24/83). Daran ändert auch nichts, dass die Revisionsrekurswerberin eine Nichtigkeit geltend macht, indem sie vorbringt, die Rechtssache gehöre nicht auf den streitigen Rechtsweg bzw die Klage wäre wegen entschiedener Rechtssache zurückzuweisen gewesen, und damit das Fehlen einer absoluten Prozessvoraussetzung behauptet, die das Rekursgericht von Amts wegen hätte berücksichtigen müssen. Hat das Rekursgericht seinem Aufhebungsbeschluss keinen Rechtskraftvorbehalt beigesetzt, ist ein Revisionsrekurs nämlich selbst dann ausgeschlossen, wenn eine Nichtigkeit als Anfechtungsgrund geltend gemacht wird (RIS-Justiz RS0044051), setzt doch die Prüfung eines etwa vorliegenden Nichtigkeitsgrundes ein zulässiges Rechtsmittel voraus (vergleiche Kodek in Rechberger, ZPO3 Paragraph 477, Rz 2; SZ 38/27 uva).

Soweit mit der angefochtenen Entscheidung die erstinstanzliche Kostenentscheidung aufgehoben wurde, ist das Rechtsmittel darüber hinaus aus dem weiteren Grund absolut unzulässig, dass jede Entscheidung über die Kosten des Verfahrens zweiter Instanz unanfechtbar ist (§ 528 Abs 2 Z 3 ZPO; Zechner in Fasching/Konecny2 IV/1 § 528 Rz 142 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Soweit mit der angefochtenen Entscheidung die erstinstanzliche Kostenentscheidung aufgehoben wurde, ist das Rechtsmittel darüber hinaus aus dem weiteren Grund absolut unzulässig, dass jede Entscheidung über die Kosten des Verfahrens zweiter Instanz unanfechtbar ist (Paragraph 528,

Absatz 2, Ziffer 3, ZPO; Zechner in Fasching/Konecny2 IV/1 Paragraph 528, Rz 142 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

**Anmerkung**

E85993 1Ob231.07p

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0010OB00231.07P.1129.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20071129\_OGH0002\_0010OB00231\_07P0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)