

# TE OGH 2000/12/14 6Ob289/00v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.12.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdenden Partei Karl H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Buchgraber, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte und gefährdete Partei Jutta Josefine H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Mardetschläger, Dr. Peter Mardetschläger und Mag. August Schulz, Rechtsanwälte in Wien, wegen einstweiligem Unterhalt, über den Revisionsrekurs der klagenden und gefährdenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 22. Mai 2000, GZ 43 R 262/00y-18, womit die einstweilige Verfügung des Bezirksgerichtes Döbling vom 3. April 2000, GZ 7 C 8/00y-10, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die klagende und gefährdende Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht hat die klagende und gefährdende Partei zu einem einstweiligen monatlichen Unterhalt von 4.235,- S ab 28. 2. 2000 verpflichtet und das darüber hinausgehende Mehrbegehren abgewiesen. Vor Erlassung der einstweiligen Verfügung hat es die Streitteile einvernommen, nicht jedoch die weiteren von der gefährdenden Partei namhaft gemachten Zeugen.

In seinem Rekurs gegen die einstweilige Verfügung machte die gefährdende Partei die Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz mit dem Hinweis auf die unterlassene Einvernahme der von ihm namhaft gemachten Zeugen geltend.

Das Rekursgericht verneinte eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz. Die gefährdende Partei habe diese Zeugen zwar namhaft, nicht aber stellig gemacht, sie seien daher kein parates Bescheinigungsmittel. Das Rekursgericht sprach - nach Antrag auf Abänderung seines Ausspruches gemäß § 528 Abs 2a iVm § 508 ZPO - aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil die Frage, ob im Provisorialverfahren ein Zeuge dem Gericht stellig gemacht werde müsste, von der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt werde. Das Rekursgericht verneinte eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz. Die gefährdende Partei habe diese Zeugen zwar namhaft, nicht aber stellig gemacht, sie seien daher kein parates Bescheinigungsmittel. Das Rekursgericht sprach - nach Antrag auf

Abänderung seines Ausspruches gemäß Paragraph 528, Absatz 2 a, in Verbindung mit Paragraph 508, ZPO - aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil die Frage, ob im Provisorialverfahren ein Zeuge dem Gericht stellig gemacht werde müsste, von der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt werde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der gefährdenden Partei ist - entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden - Ausspruch des Rekursgerichtes nicht zulässig.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes kann ein angeblicher Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, der im Rechtsmittel geltend gemacht, vom Gericht zweiter Instanz aber verneint wurde, im Revisionsverfahren nicht mehr geprüft werden.

Diese Auffassung wird mit einem Größenschluss begründet: Kann ein schwerwiegender Verfahrensverstoß vom Gewicht einer Nichtigkeit dann nicht mehr mit Erfolg in der Revision geltend gemacht werden, wenn ihn das Berufungsgericht verneint hat, dann kann umsoweniger ein vom Gericht zweiter Instanz verneinter einfacher Mangel, der keine Nichtigkeit begründet, in dritter Instanz geltend gemacht werden (Kodek in Rechberger ZPO2 Rz 3 zu § 503 mwN; RIS-Justiz RS0042963). Dieser Größenschluss trifft aber nicht nur auf Revisionen, sondern auch auf das Rekursverfahren zu (4 Ob 544/90; 10 ObS 84/91 = SSV-NF 5/28; vgl RZ 1989/50). Diese Auffassung wird mit einem Größenschluss begründet: Kann ein schwerwiegender Verfahrensverstoß vom Gewicht einer Nichtigkeit dann nicht mehr mit Erfolg in der Revision geltend gemacht werden, wenn ihn das Berufungsgericht verneint hat, dann kann umsoweniger ein vom Gericht zweiter Instanz verneinter einfacher Mangel, der keine Nichtigkeit begründet, in dritter Instanz geltend gemacht werden (Kodek in Rechberger ZPO2 Rz 3 zu Paragraph 503, mwN; RIS-Justiz RS0042963). Dieser Größenschluss trifft aber nicht nur auf Revisionen, sondern auch auf das Rekursverfahren zu (4 Ob 544/90; 10 ObS 84/91 = SSV-NF 5/28; vergleiche RZ 1989/50).

Davon abgesehen ist die Frage, ob angebotene Bescheinigungsmittel parat sind, jeweils nach den Gegebenheiten des einzelnen Falles zu beurteilen. Die Vorladung eines Zeugen ist nur dann nicht unzulässig, wenn dadurch keine den Sinn und Zweck der im konkreten Fall beantragten einstweiligen Verfügung widersprechende Verzögerung eintritt (RIS-Justiz RS0005246). Ob dies zutrifft, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und hat keine über diesen hinausgehende Bedeutung.

Mangels Vorliegens einer den Revisionsrekurs rechtfertigenden erheblichen Rechtsfrage ist das Rechtsmittel nicht zulässig.

### **Anmerkung**

E60275 06A02890

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0060OB00289.00V.1214.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_20001214\_OGH0002\_0060OB00289\_00V0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

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