

# TE OGH 1998/11/24 1Ob266/98v

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.11.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Gemeinde S\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Andreas Brugger, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Dr. Edgar W\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Axel Futh, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Räumung, infolge des als außerordentlicher Revisionsrekurs bezeichneten Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschuß des Landesgerichts Innsbruck vom 29. Mai 1998, GZ 3 R 109/97v-33, womit der Rekurs der beklagten Partei gegen den Aufhebungsbeschuß des Landesgerichts Innsbruck als Berufungsgerichts vom 12. Dezember 1997, GZ 3 R 109/97v-27, zurückgewiesen wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die klagende Gemeinde begehrte vom beklagten Sprengelarzt die Räumung des näher bezeichneten Arzthauses zufolge fristgerechter Aufkündigung und Beendigung des Vertragsverhältnisses. Das Erstgericht verwarf die Einrede der Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs (Punkt I.) und wies das Klagebegehren ab (Punkt II.), das Berufungsgericht hob Punkt II. des Ersturteils mit Beschuß vom 12. Dezember 1997 auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück, ohne den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zuzulassen. Die klagende Gemeinde begehrte vom beklagten Sprengelarzt die Räumung des näher bezeichneten Arzthauses zufolge fristgerechter Aufkündigung und Beendigung des Vertragsverhältnisses. Das Erstgericht verwarf die Einrede der Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs (Punkt römisch eins.) und wies das Klagebegehren ab (Punkt römisch II.), das Berufungsgericht hob Punkt römisch II. des Ersturteils mit Beschuß vom 12. Dezember 1997 auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück, ohne den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zuzulassen.

Die zweite Instanz wies den dagegen an den Obersten Gerichtshof gerichteten Rekurs des Beklagten (und ebenso die Rekursbeantwortung der klagenden Partei) zurück und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

## Rechtliche Beurteilung

Der als „außerordentlicher Revisionsrekurs“ bezeichnete Rekurs der beklagten Partei ist zulässig, aber nicht berechtigt.

a) Die Rechtsmittelbeschränkungen des § 528 ZPO beziehen sich nur auf Entscheidungen des Gerichts zweiter Instanz, mit denen über ein an das Rekursgericht gerichtetes Rechtsmittel abgesprochen wurde, nicht aber auf solche, mit welchen das Rekursgericht - wie hier - als „Durchgangsgericht“ ein an den Obersten Gerichtshof gerichtetes Rechtsmittel zurückwies (SZ 58/186, SZ 66/87; EvBl 1997/113, je mwN ua; RIS-Justiz RS0044054, RS0044005; Kodek in Rechberger, § 528 ZPO Rz 1). Der Rekurs gegen den Zurückweisungsbeschuß des Gerichts zweiter Instanz ist daher unabhängig vom Wert des Entscheidungsgegenstands, aber auch - entgegen der im vorliegenden Fall vom Durchgangsgericht vertretenen Auffassung - ohne Rücksicht darauf zulässig, ob die Entscheidung von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 528 Abs 1 ZPO abhängt (EvBl 1997/113; 10 ObS 228/97w).a) Die Rechtsmittelbeschränkungen des Paragraph 528, ZPO beziehen sich nur auf Entscheidungen des Gerichts zweiter Instanz, mit denen über ein an das Rekursgericht gerichtetes Rechtsmittel abgesprochen wurde, nicht aber auf solche, mit welchen das Rekursgericht - wie hier - als „Durchgangsgericht“ ein an den Obersten Gerichtshof gerichtetes Rechtsmittel zurückwies (SZ 58/186, SZ 66/87; EvBl 1997/113, je mwN ua; RIS-Justiz RS0044054, RS0044005; Kodek in Rechberger, Paragraph 528, ZPO Rz 1). Der Rekurs gegen den Zurückweisungsbeschuß des Gerichts zweiter Instanz ist daher unabhängig vom Wert des Entscheidungsgegenstands, aber auch - entgegen der im vorliegenden Fall vom Durchgangsgericht vertretenen Auffassung - ohne Rücksicht darauf zulässig, ob die Entscheidung von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd Paragraph 528, Absatz eins, ZPO abhängt (EvBl 1997/113; 10 ObS 228/97w).

Ein Beschuß, mit dem das Rekursgericht als Durchgangsgericht ein Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen hat, fällt selbst dann nicht unter § 521a ZPO, wenn das zurückgewiesene Rechtsmittel zweiseitig war (4 Ob 602/88, insoweit nicht veröffentlicht in EFSIg 57.779; RIS-Justiz RS0044022). Ein Beschuß, mit dem das Rekursgericht als Durchgangsgericht ein Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen hat, fällt selbst dann nicht unter Paragraph 521 a, ZPO, wenn das zurückgewiesene Rechtsmittel zweiseitig war (4 Ob 602/88, insoweit nicht veröffentlicht in EFSIg 57.779; RIS-Justiz RS0044022).

b) Das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt.

Da das Gericht zweiter Instanz den Ausspruch, daß der Rekurs gegen seinen Aufhebungsbeschuß zulässig sei (§ 519 Abs 1 Z 2 und Abs 2 ZPO) unterließ, ist der Rekurs - und zwar auch der „außerordentliche“ Rekurs (RZ 1992/18 mwN unter Ablehnung der gegenteiligen Auffassung Faschings [in Lehrbuch2 Rz 1884] ua; Kodek aaO § 519 ZPO Rz 4) - jedenfalls, also selbst bei Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO - unzulässig (stRspr, jüngst 4 Ob 9/97w; RIS-Justiz RS0043880). Da das Gericht zweiter Instanz den Ausspruch, daß der Rekurs gegen seinen Aufhebungsbeschuß zulässig sei (Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, ZPO) unterließ, ist der Rekurs - und zwar auch der „außerordentliche“ Rekurs (RZ 1992/18 mwN unter Ablehnung der gegenteiligen Auffassung Faschings [in Lehrbuch2 Rz 1884] ua; Kodek aaO Paragraph 519, ZPO Rz 4) - jedenfalls, also selbst bei Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO - unzulässig (stRspr, jüngst 4 Ob 9/97w; RIS-Justiz RS0043880).

Die im Zusammenhang mit den rekurstanzlichen Aufhebungsbeschlüssen (§ 527 Abs 2 ZPO) entwickelte Rspr, eine Anfechtung sei dann zulässig, wenn der scheinbar aufhebende Beschuß in Wahrheit eine Abänderung (iSd § 528 ZPO) der erstinstanzlichen Entscheidung bedeute (JBI 1996, 524 = EvBl 1996/48; RZ 1996/53; 3 Ob 219/97w = RdW 1998, 76 [worauf das Rechtsmittel verweist] uva; RIS-Justiz RS0044035, RS0044046; Kodek aaO § 527 Rz 3 mwN; Fasching IV 441 ff), ist auf berufungsinstanzliche Aufhebungsbeschlüsse nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO nicht anzuwenden: Das Berufungsverfahren der ZPO kennt, anders als das Rekursverfahren erstinstanzliche Urteile, in der Hauptsache abändernde Beschlüsse der zweiten Instanz nicht; die Abänderung des Ersturteils durch das Berufungsgericht nach § 497 Abs 1 ZPO erfolgt vielmehr mit Urteil. Gegen einen im Berufungsverfahren ergangenen „aufhebenden“ Beschuß des Gerichts zweiter Instanz - nur unter den Voraussetzungen des § 519 Abs 1 Z 2 ZPO - der Rekurs zulässig; ein - abänderndes - Urteil des Berufungsgerichts ist dagegen nach § 502 leg. cit. mit Revision zu bekämpfen. Die im Zusammenhang mit den rekurstanzlichen Aufhebungsbeschlüssen (Paragraph 527, Absatz 2, ZPO) entwickelte Rspr, eine Anfechtung sei dann zulässig, wenn der scheinbar aufhebende Beschuß in Wahrheit eine Abänderung (iSd Paragraph 528, ZPO) der erstinstanzlichen Entscheidung bedeute (JBI 1996, 524 = EvBl 1996/48; RZ 1996/53; 3 Ob 219/97w = RdW 1998, 76 [worauf das Rechtsmittel verweist] uva; RIS-Justiz RS0044035, RS0044046; Kodek aaO Paragraph 527, Rz 3 mwN; Fasching römisch IV 441 ff), ist auf berufungsinstanzliche Aufhebungsbeschlüsse nach Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO nicht anzuwenden: Das Berufungsverfahren der ZPO kennt, anders als

das Rekursverfahren erstinstanzliche Urteile, in der Hauptsache abändernde Beschlüsse der zweiten Instanz nicht; die Abänderung des Ersturteils durch das Berufungsgericht nach Paragraph 497, Absatz eins, ZPO erfolgt vielmehr mit Urteil. Gegen einen im Berufungsverfahren ergangenen „aufhebenden“ Beschluß des Gerichts zweiter Instanz - nur unter den Voraussetzungen des Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO - der Rekurs zulässig; ein - abänderndes - Urteil des Berufungsgerichts ist dagegen nach Paragraph 502, leg. cit. mit Revision zu bekämpfen.

Die Verwerfung der Einrede der Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs durch die erste Instanz (Punkt I. seiner Entscheidung) war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Die Verwerfung der Einrede der Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs durch die erste Instanz (Punkt römisch eins. seiner Entscheidung) war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Dem Rekurs kann daher kein Erfolg beschieden sein. Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 40 und 50 ZPO. Dem Rekurs kann daher kein Erfolg beschieden sein. Die Kostenentscheidung fußt auf den Paragraphen 40 und 50 ZPO.

**Textnummer**

E52313

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0010OB00266.98V.1124.000

**Im RIS seit**

24.12.1998

**Zuletzt aktualisiert am**

12.07.2012

**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)