

des Gesamtpreises iSv § 4 Abs 1 Z 4 FAGG fallen. Genau darunter subsumierte der OGH die beiden Entgelte aber in 4 Ob 86/21g, und zwar weil sie *conditio sine qua non* des Kontrahierens waren. Auch die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind daher nicht gegeben.

**Plus**

**ÜBER DIE AUTOREN**

Dr. Markus Kellner ist Rechtsanwalt und Partner der DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH und Lehrbeauftragter der WU Wien. E-Mail: [kellner@dsc.at](mailto:kellner@dsc.at)

Dr. Fabian Liebel, LL.M. (WU), ist Rechtsanwalt bei der DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH und Lehrbeauftragter der WU Wien.

E-Mail: [liebel@dsc.at](mailto:liebel@dsc.at)

**LITERATURTIPP**

Siehe auch *Kellner/Liebel*, Die AGB-rechtliche Zulässigkeit von „Servicepauschalen“ im Telekommunikationsrecht, ÖJZ 2023, 397.

# Die Veräußerung der treuhändig gehaltenen Sache – ein Fall für § 234 ZPO?

## Überlegungen anlässlich 3 Ob 185/22k

**Der Beitrag schnell gelesen**

Die Veräußerung der streitverfangenen Sache sorgt bei Lehre und Praxis seit jeher für Kopfzerbrechen. Das liegt nicht zuletzt daran, dass § 234 ZPO das Problem nur unvollständig behandelt. Rezent musste der OGH einen Streit um eine treuhändig gehaltene Liegenschaft entscheiden und hat dabei auf diese Bestimmung zurückgegriffen. Dabei scheinen allerdings jene Grundsätze in Vergessenheit zu geraten, die Lehre und Rsp seit dem berühmten Doppelverkaufsfall Mitte der 1990er-Jahre herausgearbeitet haben. Das lädt zur Reflexion darüber ein, wofür § 234 ZPO gemacht ist – und wofür nicht. Weiterhin gilt

auch: Bei der Frage, welche Sache überhaupt streitverfangen ist, ist nach der Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs zu differenzieren.

**Zivilverfahrensrecht**

§ 234 ZPO

OGH 13. 10. 1950, 2 Ob 525/50; 25. 1. 1994, 5 Ob 16/94; 26. 2. 2001, 3 Ob 202/00b; 26. 4. 2019, 3 Ob 238/18y; 15. 12. 2022, 3 Ob 185/22k; 2. 2. 2023, 3 Ob 237/22g

ÖJZ 2023/74



Mag. DOMINIK SCHINDL ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

**Inhaltsübersicht:**

- A. Anlassfall
- B. Veräußerung der streitverfangenen Sache
  - 1. Problem
  - 2. Lösung
  - 3. Vorrang des materiellen Rechts
- C. Anwendung auf die treuhändig gehaltene Sache?
  - 1. 3 Ob 185/22k
  - 2. Doppelveräußerung – Schuld- vs Sachenrecht
  - 3. Sonderfall Räumung?
  - 4. Sonderfall Treuhand?
- D. Fazit

**A. Anlassfall**

Anstoß für die folgenden Überlegungen gibt eine vollstreckungsrechtliche Entscheidung. Der dem Titelverfahren zugrundeliegende Sachverhalt ist schnell erzählt: Es geht um eine Liegenschaft in Wien, die Dr. A im Jahr 2011 treuhändig an die britische C Ltd überträgt. Als es zum Streit kommt, will A die Liegenschaft zurückhaben und klagt C 2016 auf Rückübertragung der geräum-

ten Liegenschaft. Der Fall ist aber nicht nur schnell erzählt, sondern materiell-rechtlich auch schnell gelöst: C ist als Treuhänderin zwar Vollrechtsinhaberin, konkret also Eigentümerin der Liegenschaft, dem Treugeber A aus der Treuhandabrede aber schuldrechtlich verpflichtet. Zu ihren Pflichten zählt natürlich auch, das Treugut nach Beendigung der Treuhand zurückzugeben,<sup>1</sup> weshalb es nicht überrascht, dass der 5. Senat im Jahr 2021 die Stattgabe der Klage bestätigt.<sup>2</sup>

Das Exekutionsverfahren führt dann allerdings auf prozessual abschüssiges Terrain, was daran liegt, dass C die Liegenschaft schon 2019 – und damit noch während des laufenden Prozesses – an die I GmbH veräußert hat, die auch als Eigentümerin im Grundbuch einverleibt wurde. Davon lässt sich der im Titelverfahren siegreiche A freilich nicht beirren und beantragt 2022 auf Basis des gegen C erwirkten Urteils die Räumungsexekution gegen I. Das schlägt die Brücke zur Anlassentscheidung 3 Ob 185/22k, mit der der für Zwangsvollstreckungssachen fachzuständige<sup>3</sup> 3. Senat die Exekution unter Rückgriff auf § 234 ZPO bewilligt: I müsse das gegen C erwirkte Urteil nämlich gegen sich gel-

<sup>1</sup> P. Bydliński in P. Bydliński/Perner/Spitzer, KBB<sup>7</sup> § 1002 ABGB Rz 7; RS0010491.

<sup>2</sup> 5 Ob 173/21h.

<sup>3</sup> 502 Präs 26/22a I.3.1.1.

ten lassen, schließlich habe sie „die in Streit verfangene Sache, hier also die Liegenschaft,“<sup>4</sup> während des anhängigen Titelverfahrens erworben.

Dieser Fall bietet Gelegenheit zu einer grundsätzlichen Vergegenständlichung darüber, was § 234 ZPO, der sich mit der Veräußerung einer streitverfangenen Sache beschäftigt, leisten kann und soll (B.). Im Anschluss soll die Anwendung dieser Grundsätze auf die treuhändig gehaltene Sache, wie sie der 3. Senat in der vorliegenden Entscheidung vor Augen hat, näher beleuchtet werden (C.).

## B. Veräußerung der streitverfangenen Sache

### 1. Problem

Das Problem, das es bei der Veräußerung der streitverfangenen Sache zu bewältigen gilt, lässt sich am besten am Beispiel einer rei vindicatio illustrieren:<sup>5</sup> Materiell-rechtlich ist die Eigentumsklage nämlich gegen den Inhaber der Sache zu richten (§§ 366, 369 ABGB),<sup>6</sup> weshalb sie nach allgemeinen Grundsätzen abzuweisen wäre, wenn der Beklagte die streitgegenständliche Sache nicht mehr hat, weil er sie noch während des Verfahrens veräußert. Im entscheidungserheblichen Zeitpunkt – zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz<sup>7</sup> – ist er dann ja nicht passivlegitimiert.

Der Beklagte hätte es so in der Hand, den „Rechtsschutz des Klägers ins Leere laufen [zu] lassen“.<sup>8</sup> Zwar hat der klagende Eigentümer Bereicherungs- (§ 1041 ABGB) oder Schadenersatzansprüche (§§ 1293 ff ABGB) gegen den Veräußerer, die primär auch auf Naturalrestitution gerichtet sind (§§ 1041, 1323 ABGB), die Rückverschaffung der Sache wird für den Veräußerer aber häufig unmöglich sein.<sup>9</sup> Der Kläger bekommt von ihm also in der Regel nur Wertersatz.<sup>10</sup>

### Durch Veräußerung der Sache könnten die Beklagten den Eigentümer beliebig im Kreis schicken.

Will der Eigentümer seine Sache dagegen in natura wiederhaben, bliebe ihm somit nur eine neuerliche Klage, und zwar gegen den nunmehr innehabenden und deshalb für die rei vindicatio passivlegitimierten Erwerber.<sup>11</sup> Dieses Spiel ließe sich ad infinitum fortsetzen, wenn nach der zweiten Klage auch der neue Inhaber die

Sache weiterveräußert. Die Beklagten könnten den Eigentümer damit beliebig im Kreis schicken.

Frühere Rechtsordnungen lösten dieses Problem, indem sie Verfügungen über res litigiosae schlicht verboten<sup>12</sup> – eine denkbar einfache, aber recht holzschnittartige Lösung, könnte man Sachen durch schlichte Klageerhebung so doch oft über Jahre hinweg dem Geschäftsverkehr entziehen,<sup>13</sup> weshalb das an sich rezipierte römisch-rechtliche Verfügungsverbot schon im gemeinen Recht von weiten Teilen der Rechtspraxis ignoriert wurde.<sup>14</sup>

Heute ist die gesetzliche Ausgangslage freilich ohnehin eine andere: Spätestens seit den Zivilprozessgesetzen des ausgehenden 19. Jahrhunderts besteht nämlich kein Zweifel mehr daran, dass Verfügungen über streitverfangene Sachen während des laufenden Verfahrens materiell-rechtlich wirksam sind. Der deutsche Gesetzgeber hat das in § 265 Abs 1 dZPO sogar ausdrücklich klargestellt, aber auch für Österreich gilt nichts anderes, wie § 234 ZPO zeigt. Diese Bestimmung beschäftigt sich nämlich mit den prozessualen Folgen der Veräußerung und setzt ihre materiell-rechtliche Wirksamkeit damit zumindest implizit voraus.<sup>15</sup>

Damit aktualisiert sich aber die Frage nach dem Schutz des Prozessgegners des Veräußernden, im Fall der rei vindicatio also des klagenden Eigentümers.

### 2. Lösung

Den einfachsten Weg, um dem unbefriedigenden Ergebnis zu entgehen, die Klage des Eigentümers gegen den Veräußerer abweisen zu müssen und damit ein neues Verfahren gegen den Erwerber zu provozieren, bietet § 234 Satz 2 ZPO. Er ermöglicht

trotz allem, dem Veräußerer die Sache zurückzukaufen, hilft auch das nicht (vgl schon *Sperl*, Zession und Sachveräußerung während des Rechtsstreites, in FS 100 Jahre ABGB II [1911] 453 [464]; jedenfalls im Ergebnis auch 1 Ob 698/78 [JBl 1979, 376], wonach zwar der Klage gegen den Veräußerer stattzugeben sei, der Kläger aber „die Gefahr [trägt], daß seine Exekutionsführung auf die herauszugebenden Sachen ergebnislos bleiben könnte“; vgl außerdem 6 Ob 94/01v, wo der OGH im Kontext von § 378 ABGB meint, die Besitzaufgabe mache „die Leistung nicht unmöglich“, bei Gewahrsame Dritter dann aber auf eine Exekution nach § 347 EO verweist, der entweder die Bereitschaft des Dritten zur Herausgabe [Abs 1] oder einen darauf gerichteten Anspruch des Verpflichteten voraussetzt [Abs 2]).

<sup>12</sup> *Schilken*, Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozess (1987) 5; *ders*, Probleme des Wechsels der Sachlegitimation im Zivilprozess, insbesondere auf Klägerseite, in FS Gerhardt (2004) 879 (883); auf zur römisch-rechtlichen Entwicklung und zur gemeinrechtlichen Rezeption des Veräußerungsverbots *Kiefner*, Ut lite pendente nil innovetur, in GedS Kunkel (1984) 117 = *ders*, Ideal wird, was Natur war (1997) 429; zuletzt weiters *Ruckteschler*, Die Veräußerung streitbefangener Gegenstände (2021) 22 ff.

<sup>13</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1193; *Paulus*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> (2017) Rz 539; vgl auch *Oberhammer*, Abtretung, Informationsrisiko und Zivilprozess, in FS Leopold (2009) 101 (103 f).

<sup>14</sup> Ausf zur Behandlung des Veräußerungsverbots im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts *Kiefner* in GedS Kunkel 117 (147 ff) = *ders*, Ideal 429 (459 ff); für Österreich *Sperl* in FS 100 Jahre ABGB II 453 (456 ff).

<sup>15</sup> *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III<sup>1</sup> (1966) 99; vgl auch *k.k. Justizministerium* (Hrsg), Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen II (1897) 323: „§ 234 [ZPO] spricht einen schon heute allgemein anerkannten, jedoch der gesetzlichen Grundlage entbehrenden Rechtssatz aus und löst zugleich die oft erörterte Streitfrage über die processualische Wirkung einer während des Rechtsstreites stattgefundenen Veräußerung des Streitgegenstandes“; krit dazu *Sperl* in FS 100 Jahre ABGB II 453 (459). *Kiefner* in GedS Kunkel 117 (150 mit FN 136) = *ders*, Ideal 429 (462 mit FN 136) verortet erste gesetzliche Hinweise auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Veräußerung schon bedeutend früher, nämlich in § 378 ABGB (dazu FN 11); vgl auch *Sperl* in FS 100 Jahre ABGB II 453 (455 f) sowie *Tilsch*, Der Einfluss der Zivilprozessgesetze auf das materielle Recht und die in vorwiegend materiellrechtlichen Gesetzen enthaltenen prozessualen Bestimmungen<sup>2</sup> (1901) 88: „Veräußerungsverbot der res litigiosa [...] dem österreichischen Rechte nach wie vor unbekannt“.

<sup>4</sup> 3 Ob 185/22k Rz 11.

<sup>5</sup> Vgl zu diesem Beispiel *Klicka*, Die Veräußerung der streitverfangenen Sache – ein Plädoyer für die Irrelevanztheorie, in FS Welser (2004) 509 (510 f); *dens* in *Fasching/Konecny III*<sup>1</sup> § 234 ZPO Rz 2f (jeweils auch mit einem Beispiel zur Veräußerung auf Klägerseite); für Deutschland (§ 985 BGB) auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht<sup>18</sup> (2018) § 101 Rz 1.

<sup>6</sup> *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 453; *Riss* in *KBB*<sup>7</sup> § 366 ABGB Rz 4, § 369 ABGB Rz 2.

<sup>7</sup> *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 794, 1455 ff; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 758.

<sup>8</sup> *Klicka* in FS Welser 509 (510); *ders* in *Fasching/Konecny III*<sup>1</sup> § 234 ZPO Rz 2.

<sup>9</sup> Zur Frage der Unmöglichkeit der Leistung, wenn die geschuldete Sache bei einem Dritten ist, etwa RS0016403; RS0016423.

<sup>10</sup> *Karner* in *KBB*<sup>7</sup> § 1323 Rz 1; *Koziol/Spitzer* in *KBB*<sup>7</sup> § 1041 Rz 14; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 310, 407 f.

<sup>11</sup> Daran ändert auch § 378 ABGB nichts, der bei Veräußerung der beanspruchten Sache während des Verfahrens neben einem Ersatzanspruch auch eine Verurteilung auf Zurückverschaffung kennt (dazu etwa *Kodek* in *Klang*<sup>3</sup> § 378 ABGB Rz 8): Zwar wurde diese Wahlmöglichkeit auf Antrag *Pratobeveras* in der Superrevision gerade deshalb ins ABGB aufgenommen, um dem Eigentümer die Klagsführung gegen den Erwerber zu ersparen (*Öfner* [Hrsg], Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II [1889, Nachdruck 1976] 523), und auch der OGH meint dazu in einer älteren Entscheidung, es gehe dabei nur um „eine Geldfrage, daß nämlich den Dritterwerbenden soviel geboten wird, daß sie die [Sache] rückübertragen“ (4 Ob 224/53). Weigert sich der Erwerber aber

einen Parteiwechsel vom Veräußerer auf den Erwerber,<sup>16</sup> womit der Prozess die materiell-rechtliche Veränderung nachzeichnet: Neuer Beklagter wird der die Sache jetzt innehabende und daher nunmehr passivlegitimierte Erwerber. Der Prozess wird mit ihm zu Ende geführt, sodass sich ein zweites Verfahren von vornherein erübrigt – der klagende Eigentümer bekommt so ja schon im Erstprozess ein Urteil, das den nunmehr innehabenden Erwerber zur Herausgabe der Sache an ihn verpflichtet.

Allerdings müssen einem solchen Parteiwechsel sowohl der Erwerber als auch der Prozessgegner, hier also der Kläger, zustimmen.<sup>17</sup> Tun sie das nicht, hat die Veräußerung „auf den Prozess keinen Einfluss“ (§ 234 Satz 1 ZPO): Es kommt also zu keinem Parteiwechsel und das Verfahren wird gegen den Veräußerer weitergeführt. Auch hier wird die unliebsame Konsequenz der Abweisung mangels Sachlegitimation aber vermieden, und zwar indem der Prozess die zwischenzeitig erfolgte Veräußerung ausblendet. Ob man das mit einer Vorverlegung des für die Passivlegitimation entscheidungserheblichen Zeitpunkts auf Klagsbringung erklärt<sup>18</sup> oder in § 234 Satz 1 ZPO eine gesetzliche Prozessstandschaft des Veräußerers für den Erwerber sieht,<sup>19</sup> ist dabei unterm Strich egal<sup>20</sup> – entscheidend ist, dass der Kläger auch hier ein stattgebendes Urteil bekommt, das auf Herausgabe der Sache an ihn lautet.

Der Prozesssieg im mit dem Veräußerer fortgesetzten Verfahren ist für den Eigentümer dabei freilich nur eine Seite der Medaille. Von diesem bekommt er die Sache mangels Innehabung trotzdem nicht zurück, was ja Ausgangspunkt des Regelungsproblems ist. Zum Verständnis seiner Funktionsweise ist § 234 Satz 1 ZPO daher um einen weiteren Gedanken zu ergänzen, der zwar in Österreich – abermals anders als in Deutschland (§ 325 Abs 1, § 727 Abs 1 dZPO) – gesetzlich nicht explizit verankert, aber inzwischen auch hierzulande vollkommen unstrittig ist: Die Urteilswirkungen erstrecken sich auch auf den Erwerber, der als Einzelrechtsnachfolger des Veräußerers an die gegen diesen ergangene Entscheidung gebunden ist.<sup>21</sup> Für die rei vindicatio heißt das, dass der innehabende Erwerber die Sache also auf Basis des im Verfahren gegen den Veräußerer ergangenen Urteils an den klagenden Eigentümer herausgeben muss.

### § 234 Satz 1 ZPO denkt die Rechtskrafterstreckung auf den Einzelrechtsnachfolger schon mit.

Strittig ist dabei eigentlich nur die technische Umsetzung: Die von der wohl überwiegenden Lehre vertretene Relevanztheorie<sup>22</sup> verlangt, dass das Begehren schon im Titelprozess auf Leistung an/durch den Erwerber umgestellt wird, sodass unmittelbar aus diesem Urteil vollstreckt werden kann. Dagegen wird nach der Irrelevanztheorie<sup>23</sup> der Veräußerer verurteilt, weshalb für die Vollstreckung gegen den Erwerber noch die Titelergänzung (§§ 9f EO) nötig ist. Dazwischen liegt ein breites Spektrum an Mittellösungen. Manche wollen etwa die Relevanztheorie nur bei Veräußerung auf Klägerseite anwenden,<sup>24</sup> die Rsp folgt dagegen im Grunde der Irrelevanztheorie, hält bei Veräußerung auf Klägerseite eine Umstellung des Begehrens auf Leistung an den Erwerber aber immerhin für „möglich“, wenn auch „nicht notwendig“.<sup>25</sup>

Dieser altehrwürdige Theorienstreit sollte aber nicht den Blick darauf verstellen, dass es dabei bloß um die exekutionsrechtliche Durchführung des allseits befürworteten Ergebnisses geht:<sup>26</sup> Unterm Strich herrscht Einigkeit darüber, dass der Erwerber an das Urteil des mit dem Veräußerer geführten Prozesses gebunden ist.

Damit ergibt sich für § 234 ZPO ein schlüssiges Gesamtbild, wie sich wiederum anhand der rei vindicatio zeigt. Das Regelungsanliegen, den Prozesssieg des klagenden Eigentümers nicht durch Veräußerung der streitverfangenen Sache durch den Beklagten zu gefährden, wird entweder durch einen Parteiwechsel (Satz 2) oder durch Rechtskrafterstreckung (Satz 1) erreicht: Der Erwerber muss dann als Einzelrechtsnachfolger des Veräußerers das gegenüber diesem ergangene Urteil gegen sich gelten lassen und die Sache an den Kläger herausgeben.

### 3. Vorrang des materiellen Rechts

Bei all dem gilt es allerdings eines zu berücksichtigen: Die Vollstreckung des im Prozess mit dem Veräußerer ergangenen Urteils gegen den Erwerber findet ihre Berechtigung darin, dass dieser die materiell-rechtliche Position des Veräußerers übernimmt. § 234 Satz 1 ZPO und die mit ihm einhergehende Wirkungserstreckung übersetzen daher die materiell-rechtliche Veränderung ins Prozessrecht, im Fall der rei vindicatio also die vom Veräußerer auf den Erwerber übergegangene Passivlegitimation.<sup>27</sup> Mit anderen Worten: „Entscheidendes und zwingend notwendiges Element für die Anwendung des § 234 ZPO ist [...] nicht nur der Wegfall der Sachlegitimation des Veräußerers, sondern auch die Tatsache, dass für oder gegen den Rechtsnachfolger nach dem materiellen Recht ein identer Anspruch zusteht“.<sup>28</sup>

Es gibt allerdings auch Fälle, in denen das nicht so ist, etwa wenn der Erwerber gutgläubig Eigentum an der Sache erworben hat (§ 367 ABGB); er ist dann ja gerade keinem Herausgabeanspruch des früheren Eigentümers ausgesetzt. Da es das Ziel von § 234 ZPO ist, der materiellen Rechtslage zum Durchbruch zu

<sup>16</sup> § 234 Satz 2 ZPO ist damit einer jener Fälle, in denen das Gesetz einen ge-willkürten Parteiwechsel erlaubt; auf zum ge-willkürten Parteiwechsel re-zent *Koller*, Parteiwechsel und Parteiautonomie im Zivilprozess, in FS *Konecny* (2022) 253; *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 358 ff.

<sup>17</sup> Ob auch die Zustimmung des Veräußerers nötig ist, ist umstritten, wird aber überwiegend verneint (vgl. *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* § 234 ZPO Rz 3; 7 Ob 49/08v; unklar *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 387, 1206).

<sup>18</sup> RS0109183.

<sup>19</sup> Bspw 3 Ob 31/11x; 5 Ob 161/16m; 2 Ob 229/16i; zur Prozessstandschaft zuletzt *Kunz*, Die Prozessstandschaft (2019); *Trenker*, Parteidisposition 371 ff.

<sup>20</sup> Zum Verhältnis dieser Deutungsschemata *Klicka* in FS *Welser* 509 (514); *ders* in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 4.

<sup>21</sup> *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 5; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 351; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1198; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* § 234 ZPO Rz 3; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 419; zur historischen Diskussion *Sperl* in FS 100 Jahre ABGB II 453 (459 ff); auf zur Rechtskrafterstreckung auf Einzelrechtsnachfolger sowohl allgemein als auch mit Blick auf § 234 ZPO rezent *Wilfingner*, Rechtskrafterstreckung auf den Einzelrechtsnachfolger, in FS NN (2023); in Druck).

<sup>22</sup> *Ballon*, Probleme bei der Veräußerung der streitverfangenen Sache durch den Beklagten, in *Buchegger* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozeßrecht IV (1991) 1 (6); *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 420; so auch *Oberhammer*, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß (1998) 200 ff; anders aber für Deutschland *ders* in FS *Leipold* 101 (124).

<sup>23</sup> *Klicka* in FS *Welser* 509 (516 ff); *ders* in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 28 ff; weitere Nachweise aus der älteren Lehre bei *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* § 234 ZPO Rz 4; für Deutschland zuletzt ausf *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse (2022) 178 ff mit Kritik an der Relevanztheorie (145 ff) und Diskussion der jeweiligen Wirkungsweise der Rechtskrafterstreckung.

<sup>24</sup> Etwa *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1204 f; vgl auch *Holzhammer/Roth*, Die Prozeßstandschaft, in FS *Sprung* (2001) 165 (168 ff).

<sup>25</sup> ZB 1 Ob 150/14m; vgl schon *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> (1976) 193.

<sup>26</sup> Das betont auch *Ballon* in *Buchegger*, BeitrZPR IV 1 (5).

<sup>27</sup> *Oberhammer*, OHG 198 betont mit Blick auf die rei vindicatio freilich, dass „jeweils eigene, unterschiedliche sachenrechtliche Herausgabeansprüche“ bestehen; vgl auch *Scholz-Berger* in *Kodek/Oberhammer* (in Druck) § 234 ZPO Rz 6.

<sup>28</sup> *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 11; weiters *Scholz-Berger* in *Kodek/Oberhammer* § 234 ZPO Rz 4.

verhelfen, er sie aber weder verändern kann noch soll,<sup>29</sup> ist nur folgerichtig, dass der Erwerber in solchen Situationen nicht an die Wirkungen des gegen den Veräußerer ergangenen Urteils gebunden ist. Diese Konsequenz ist für Deutschland in § 325 Abs 2 dZPO wiederum sogar positiviert, aber auch in Österreich nunmehr einhellig anerkannt.<sup>30</sup>

Das überzeugt, zumal der nach § 367 ABGB Erwerbende gerade nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers ist, sondern sein Eigentum originär entsteht, und ist auch in der materiell-rechtlichen Draufsicht stimmig: Warum sollte der redliche Erwerber die Sache herausgeben müssen? Und umgekehrt: Warum sollte der Kläger, der wegen § 367 ABGB zwischenzeitig sein Eigentum verloren hat, die Sache doch wiederbekommen? Dafür gibt es keine Rechtfertigung.

### C. Anwendung auf die treuhändig gehaltene Sache?

#### 1. 3 Ob 185/22k

Das lenkt den Blick auch für den Anlassfall zurück auf die materielle Rechtslage: Dass der Treugeber A nach Auflösung der Treuhand einen Anspruch auf (Rück-)Übertragung der Liegenschaft gegen die Treuhänderin C hat, ist unbestritten. Der Fall scheint prima facie also durchaus mit der rei vindicatio vergleichbar zu sein, wo der Eigentümer vor Veräußerung der Sache einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den (ersten) Inhaber hat. Betrachtet man dagegen die Rechtslage nach Veräußerung, zeigt sich ein maßgeblicher Unterschied:

Während der Eigentümer dann nämlich – klammert man den ohnehin nicht mehr zu § 234 ZPO gehörenden Fall des Gutgläubenserwerbs (§ 367 ABGB) aus – tatsächlich einen die Rechtskrafterstreckung rechtfertigenden identen Herausgabeanspruch gegen den nunmehr innehabenden Erwerber hat, ist das im Treuhandfall anders: As Verschaffungsanspruch ergibt sich ja aus der Treuhandabrede, also der schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen A und C, um die sich I grundsätzlich nicht kümmern muss.<sup>31</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum I eine deckungsgleiche Pflicht zur (Rück-)Übertragung und Räumung der Liegenschaft gegenüber A treffen soll.

Lässt man das gegen C ergangene Urteil mit dem 3. Senat auch gegenüber I wirken, überbindet man ihr daher eine Pflicht, die ihr das materielle Recht so nicht auferlegt. Damit verkehrt man den Zweck des § 234 ZPO aber in sein Gegenteil, weil er das materielle Recht dann nicht durchführt, sondern hinter sich lässt und ein Eigenleben entwickelt. Das weckt erste Skepsis gegenüber der Entscheidung und führt zur Frage, was der ausschlaggebende Unterschied zur rei vindicatio ist.

#### 2. Doppelveräußerung – Schuld- vs Sachenrecht

Dafür lohnt sich ein erneuter Blick in die Entscheidungsbegründung. Der 3. Senat stützt die Anwendung der Grundsätze zu § 234 ZPO ja darauf, dass I „die in Streit verfangene Sache, hier also die Liegenschaft“,<sup>32</sup> während des Verfahrens von C erworben hat. Bei genauerem Hinsehen kommen daran allerdings Zweifel, was an den berühmt gewordenen Doppelverkaufsfall vor knapp 30 Jahren erinnert:

Ähnlich wie im vorliegenden Fall ließ der OGH dort den Verschaffungsanspruch des Erstkäufer gegen den Verkäufer mit Blick auf § 234 ZPO gegenüber dem im Grundbuch einverleibten Zweitkäufer wirken.<sup>33</sup> Das Prinzip der kausalen Tradition verlangt für den Rechtserwerb allerdings nun einmal auch einen Modus, der bei Liegenschaften in Form der Grundbucheintragung erfolgt; § 440 ABGB ordnet daher nicht umsonst an, dass

derjenige von zwei Käufern Eigentum erwirbt, der „früher die Einverleibung angesucht hat“. Verpflichtet man nun mit dem OGH den intabulierten Zweitkäufer unter Rückgriff auf § 234 ZPO zur Übertragung der Liegenschaft an den Erstkäufer, hebt das die materielle Rechtslage aus.

Es überrascht daher nicht, dass diese Entscheidung von zivilrechtlicher Lehre unisono kritisiert worden ist,<sup>34</sup> wobei der verfahrensrechtliche Fokus auf der Diskussion liegt, wann eine Sache eigentlich streitverfangen ist. Gestritten wurde im Doppelveräußerungsfall nämlich nicht um die Liegenschaft selbst, sondern nur um den obligatorischen Verschaffungsanspruch des Käufers (§ 1061 ABGB). Streitgegenstand und damit streitverfangen war also bloß der schuldrechtliche Anspruch, der dem Erstkäufer trotz zwischenzeitigen Erwerbs des Zweitkäufer weiterhin nur gegen den Verkäufer zusteht. Hier wird auch der Unterschied zur rei vindicatio deutlich: Wo es um einen unmittelbar aus dem Sachenrecht entspringenden Anspruch geht, ist eine Trennung des geltend gemachten Herausgabeanspruchs von der Sache nicht möglich; dort ist also tatsächlich die beanspruchte Sache streitverfangen.

Entscheidend ist also die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs.<sup>35</sup> Diese Unterscheidung kommt auch im Gesetz zum Ausdruck, wie eine genaue Lektüre von § 234 ZPO zeigt: Dort ist ja bewusst von der „Veräußerung einer in Streit verfangenen Sache oder Forderung“ die Rede. Bei schuldrechtlichen Ansprüchen kann § 234 ZPO daher durchaus zur Anwendung kommen. Voraussetzung dafür ist aber, dass dieser Anspruch – nur er ist ja streitverfangen, nicht die beanspruchte Sache – während des Verfahrens übertragen wird, wofür eine Zession, also eine Veräußerung auf Klägerseite, das Paradebeispiel ist. Aber auch ein Übergang auf Beklagtenseite ist denkbar: Der OGH hat § 234 ZPO etwa schon zur Anwendung gebracht, wenn das Mietverhältnis während des Verfahrens vom Beklagten auf einen Dritten übergegangen ist.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Klicka in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 12; *Wilfinger* in FS NN II.A.

<sup>30</sup> *Ballon* in *Holzhammer*, BeitrZPR IV 1 (5); *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 19; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 351; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 234 ZPO Rz 2; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 417; *Scholz-Berger* in *Kodek/Oberhammer* § 234 ZPO Rz 7; vgl schon *Sperl* in FS 100 Jahre ABGB II 453 (473 FN 20, 474); aA noch *Fasching*, Kommentar III<sup>1</sup> 97, der freilich nicht nur für § 234 ZPO, sondern allgemein meint, dass mit Blick auf die Rechtskrafterstreckung auf den Einzelrechtsnachfolger „das Prozeßrecht den Vorrang“ genieße (730); relativierend wiederum *ders*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1526, freilich ohne diese Einschränkung auch für § 234 ZPO mitzugehen (Rz 1195); instruktiv zum Spannungsverhältnis von Rechtskrafterstreckung und originärem Erwerb schon *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung I<sup>4</sup> (1969) 238ff.

<sup>31</sup> Vgl freilich noch unten FN 63.

<sup>32</sup> 3 Ob 185/22k Rz 11.

<sup>33</sup> 5 Ob 16/94.

<sup>34</sup> *Hoyer*, Gilt § 440 ABGB noch? Oder: Was leistet das Grundbuchsverfahren für das materielle Recht? JBl 1994, 645; *Rechberger*, Parteilehre, Streitgegenstand und der österreichische Oberste Gerichtshof, in FS Henckel (1995) 679 (686ff); *Rechberger/Oberhammer*, § 234 ZPO – einfach kompliziert? *ecolex* 1994, 456; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 417; *Welsch*, Posterior tempore, potior iure! Eine unbegreifliche Entscheidung zur Doppelveräußerung, NZ 1994, 73; *Wilhelm*, Kauf bricht Grundbuch, *ecolex* 1994, 305.

<sup>35</sup> Vgl auch *Kunz*, Zur Unterscheidung schuld- und sachenrechtlicher Ansprüche bei der dinglichen Einzelrechtsnachfolge im Zivilprozess, Zak 2017, 104; rezent mit Blick auf 6 Ob 97/21i *Wilfinger* in FS NN II.B.

<sup>36</sup> Etwa 3 Ob 175/49 zu § 19 Abs 2 Z 10 MietenG, dem Vorläufer von § 12 MRG; 7 Ob 55/14k und 7 Ob 56/14g zu § 12a MRG; 2 Ob 195/12h zu § 14 MRG; 5 Ob 250/09i zu vertraglich vereinbarten Weitergaberechten (so jedenfalls die – plausible – Deutung dieser Entscheidung bei *Prader*, MRG<sup>6.07</sup> § 12 E 49 und *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack* § 234 ZPO Rz 6 mit FN 30; zur in Deutschland diskutierten und überwiegend verneinten Frage der Anwendbarkeit des § 234 ZPO bei befreiender Schuldübernahme s aber etwa *Becker-Eberhard* in *MüKoZPO*<sup>6</sup> § 265 Rz 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivil-

Das war beim Doppelverkauf aber gerade nicht der Fall, weil die Verschaffungspflicht des Verkäufers nicht auf den Zweitkäufer übergegangen ist. Es lag daher schon gar keine Veräußerung der streitverfangenen Sache vor: weder hinsichtlich der Liegenschaft, weil diese nicht streitverfangen war, noch hinsichtlich dieser schuldrechtlichen Verpflichtung, weil diese nicht übertragen wurde.

All das hat schließlich auch der OGH anerkannt. Während er anfangs noch vorsichtig formulierte, es sei „nicht abschließend zu entscheiden“, ob sein „Verständnis des § 234 ZPO insgesamt zu revidieren sein werde“,<sup>37</sup> distanzierte er sich in der Folge nämlich ausdrücklich davon. Da „beim Doppelverkauf der zweite Erwerber [...] nicht in die schuldrechtliche Verpflichtung des Veräußers zu Eigentumsverschaffung eintritt“, könne „nicht von der Veräußerung der streitverfangenen Sache die Rede sein“.<sup>38</sup>

Damit gesteht auch der OGH zu, dass § 234 ZPO im Doppelveräußerungsfall nicht zur Anwendung gebracht hätte werden dürfen. So gelingt die Rückkoppelung ans materielle Recht, womit sich der Kreis zur Erkenntnis schließt, dass den Erwerber für die von § 234 ZPO mitgedachte Rechtskrafterstreckung eine deckungsgleiche Pflicht wie den Veräußerer treffen muss. § 234 ZPO kommt eben – wie auch der 3. Senat in einer jüngeren Entscheidung explizit festhält – nur zur Anwendung, wenn den Rechtsnachfolger „nach materiellem Recht infolge des Übertragungsvorgangs eine identische Verpflichtung wie den Veräußerer trifft“.<sup>39</sup>

### 3. Sonderfall Räumung?

Das passt freilich nicht zur Treuhänderentscheidung: Die Treuhänderin C ist nun einmal Vollrechtsinhaberin, weshalb der Treugeber A ihr gegenüber keinen sachen-, sondern bloß einen schuldrechtlichen Anspruch hat. Nur diesen konnte A im Titelverfahren geltend machen, nur dieser – und nicht, wie der 3. Senat vorliegend meint, die Liegenschaft selbst – war streitverfangen. Die obligatorische Pflicht des C ist aber materiell-rechtlich nicht auf I übergegangen, weshalb 3 Ob 185/22k genauso wenig ein Problem für § 234 ZPO war wie der Doppelveräußerungsfall. So sah das auch das LGZ Wien, das A die Räumungsexekution gegen I zweitinstanzlich noch versagt hatte.<sup>40</sup>

### Der Treuhandfall ist genauso wenig ein Problem der Veräußerung der streitverfangenen Sache wie die Doppelveräußerung.

Freilich erinnert sich auch der OGH an die Doppelverkaufsfälle, betont aber, dass gerade „kein der Doppelveräußerung einer Liegenschaft [...] vergleichbarer Sachverhalt“ vorliege.<sup>41</sup> Dafür zieht er die Parallele zu 2 Ob 525/50, wo es wie im vorliegenden Fall um die Räumung einer Liegenschaft ging, die dort mit Blick auf § 234 ZPO auch gegenüber dem Rechtsnachfolger durchgesetzt werden konnte.

Damit ist aber der eigentliche Fallstrick der Entscheidung freigelegt: Die vom OGH identifizierte Parallele ist nämlich nur eine scheinbare, weil es, was der 3. Senat sogar selbst festhält, zu 2 Ob 525/50 um einen „Räumungsanspruch des Eigentümers“<sup>42</sup> ging, also eine rei vindicatio. Dort war also tatsächlich die Liegenschaft streitverfangen, weil sich rei vindicatio und Eigentum nicht trennen lassen; § 234 ZPO kam daher vollkommen zu Recht zur Anwendung. Für den Treuhandfall lässt sich daraus aber schlicht nichts gewinnen, weil der (Rück-)Übertragungsanspruch hier eben, wie zuletzt der 9. Senat in einer wohl sogar dieselbe Liegenschaft betreffenden Causa betont hat, bloß obligatorisch ist.<sup>43</sup>

Womöglich ist die Verwirrung daher schlicht auf die gewählte Exekutionsart zurückzuführen: Trotz der bloß schuldrechtlichen Verschaffungspflicht stellte A auf Basis des Titels, der C dazu verpflichtete, die „Liegenschaft [...] geräumt von eigenen Fahrnissen zu übergeben“,<sup>44</sup> nämlich einen Antrag auf Räumungsexekution.<sup>45</sup> Das klingt zwar klassisch sachenrechtlich, wenn man bedenkt, dass bei unbeweglichen Sachen auch die rei vindicatio auf Räumung gerichtet ist,<sup>46</sup> sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch schuldrechtliche Räumungsverpflichtungen bestehen können und exekutiv durchsetzbar sind.<sup>47</sup>

Es bleibt daher dabei, dass vorliegend gar keine Veräußerung der streitverfangenen Sache vorlag.

### 4. Sonderfall Treuhand?

Damit ist noch ein letzter Gedanke zu ergänzen, der zwar in 3 Ob 185/22k nicht anklängt, aber mit Blick auf die Treuhand erwähnenswert scheint. Mit *F. Bydlinski* entzieht sich dieses Rechtsinstitut ja einer „nahtlosen Einordnung in die äußeren Systemteile Schuld- und Sachenrecht“,<sup>48</sup> was nicht zuletzt daran liegt, dass der Treugeber Vollstreckungsschutz genießt (§ 37 EO; § 44 Abs 1 IO).<sup>49</sup> Das könnte auf den ersten Blick auch für eine Anwendung von § 234 ZPO sprechen: So ist die Notwendigkeit, zwischen schuld- und sachenrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden, um beurteilen zu können, welche Sache streitverfangen ist, auch in Deutschland grundsätzlich anerkannt.<sup>50</sup> Dennoch findet sich in der dortigen Literatur der Vorschlag, § 265 dZPO – das Pendant zu § 234 ZPO – auch dann auf die beanspruchte Sache selbst anzuwenden, wenn zwar nur ein schuldrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, dieser aber Vollstreckungsschutz bietet.<sup>51</sup>

Wenn *Schilken*, auf den diese These zurückgeht, dazu festhält, die Anwendbarkeit des § 265 dZPO sei deshalb gerechtfertigt, weil die „Zuordnung zum Anspruchsinhaber so verstärkt [ist], daß [der Anspruch] nicht nur gegenüber dem ursprünglichen

prozessrechtlich § 101 Rz 10; dem für Österreich folgend *Klicka* in *Fasching/Konecny III/13* § 234 ZPO Rz 15; zur Möglichkeit eines Parteiwechsels [§ 234 Satz 2 ZPO] vgl aber *Scholz-Berger* in *Kodek/Oberhammer* § 234 ZPO Rz 12 und *dens*, *Schad- und Klagloshaltung* [2019] 123f).

<sup>37</sup> 5 Ob 102/95; vgl aber noch 6 Ob 2238/96b und die Kritik *Oberhammers*, Anm zu 6 Ob 2238/96b, *ecolex* 1997, 250 (251).

<sup>38</sup> 3 Ob 202/00b unter Berufung auf *Oberhammer*, *ecolex* 1997, 250 (251).

<sup>39</sup> 3 Ob 238/18y; ähnlich rezent 5 Ob 59/22w.

<sup>40</sup> 40 R 104/22y.

<sup>41</sup> 3 Ob 185/22k Rz 13.

<sup>42</sup> 3 Ob 185/22k Rz 13.

<sup>43</sup> 9 Ob 86/22w; vgl schon oben FN 1.

<sup>44</sup> 3 Ob 185/22k Rz 1.

<sup>45</sup> 3 Ob 185/22k beschäftigt sich nur mit der Räumungsexekution. Der 3. Senat ging allerdings mit über weite Strecken identer Begründung auch für den (Rück-)Verschaffungsanspruch von einer Veräußerung der streitverfangenen Sache aus (3 Ob 237/22g EvBl 2023/141 [in diesem Heft]), was aus denselben wie den hier zum Räumungsbegehren angeführten Gründen nicht überzeugt.

<sup>46</sup> *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 453; *Riss* in *KBB*<sup>7</sup> § 366 ABGB Rz 1.

<sup>47</sup> Vgl zur Räumungsexekution nach § 349 EO etwa *Höllwerth* in *Deixler-Hübner* (31. Lfg 2020) § 349 EO Rz 7; *Klicka* in *Angst/Oberhammer*<sup>3</sup> § 349 EO Rz 1; *Petschek/Hämmerle/Ludwig*, Das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht (1968) 214.

<sup>48</sup> *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 349.

<sup>49</sup> *Ausf Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*<sup>2</sup> § 44 IO Rz 73ff.

<sup>50</sup> *Bacher* in *BeckOK ZPO*<sup>47</sup> § 265 ZPO Rz 7.1; *Becker-Eberhard* in *MüKoZPO*<sup>6</sup> § 265 ZPO Rz 23ff; *Foerste* in *Musielak/Voit*<sup>20</sup> § 265 ZPO Rz 3f jeweils mwN; aA (jeglichen obligatorischen Verschaffungsanspruch ausreichen lassend) wohl nur *Grunsky*, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache (1968) 250ff, für den die Veräußerung „dem Kläger gegenüber relativ unwirksam“ ist (271), was an das Veräußerungsverbot von res litigiosae erinnert (vgl oben bei FN 12); krit dazu *Henckel*, Zur Auslegung des § 265 ZPO, *ZZP* 82 (1969) 333 (357ff).

<sup>51</sup> *H. Roth* in *Stein/Jonas III*<sup>23</sup> § 265 ZPO Rz 9; vgl auch *Schilken*, Veräußerung 89 mit Hinweis auf § 771 dZPO, das deutsche Pendant zu § 37 EO.

Schuldner wirkt<sup>52</sup>,<sup>52</sup> wird man darüber bei der Treuhand sicher trefflich streiten können. Sie wird ja gerade mit Blick auf den Vollstreckungsschutz als „Grenzproblem“ an der Schnittstelle von Schuld- und Sachenrecht charakterisiert, bei dem sich das „gewöhnliche Verhältnis von obligatorischem und dinglichem Recht [...] vollständig ins Gegenteil verkehrt“.<sup>53</sup>

Bei genauerem Hinsehen dürfte aber auch dieser Ansatz keine Abhilfe schaffen, geht es *Schilken* doch primär um andere Situationen: Er beschäftigt sich mit Fällen, in denen schuld- und sachenrechtliche Ansprüche nebeneinander bestehen, wenn sich also beispielsweise der vermietende Eigentümer nach Beendigung des Bestandverhältnisses für die Rückgabe der Sache sowohl auf die rei vindicatio als auch auf den vertraglichen Rückgabeanspruch stützen kann. Für die Rechtsfolgen des § 265 dZPO solle es „bei konkurrierendem dinglichem und obligatorischem Herausgabeanspruch“ nicht darauf ankommen, welche Anspruchgrundlage der Kläger wählt.<sup>54</sup>

Nun könnte man schon bezweifeln, ob dieses – auch in Deutschland nicht unumstrittene<sup>55</sup> – Verständnis für Österreich mit Blick auf § 234 ZPO überhaupt nachzuvollziehen ist. *Spitzer*, der sich ausführlich mit konkurrierenden Herausgabeansprüchen beschäftigt hat, hält dazu jedenfalls fest, dass „der dingliche nach hA hinsichtlich der Rechtskrafterstreckung im Fall einer Veräußerung der streitverfangenen Sache vorteilhaft ist“.<sup>56</sup>

Die Frage kann aber letztlich wohl dahinstehen: Eine derartige Anspruchskonkurrenz besteht bei der Treuhand ja gerade nicht. Der Treugeber ist eben nicht Eigentümer der Sache, sondern hat – nur – einen obligatorischen Anspruch. Auch wenn dieser Anspruch in mancher Hinsicht dingliche Züge trägt,<sup>57</sup> besteht er doch nur gegenüber dem Treuhänder und nicht gegen den Erwerber. Nach Veräußerung würde sich ein allfälliger Vollstreckungsschutz daher im Übrigen nicht mehr auf die Sache beziehen, sondern, wenn überhaupt, im Wege der dinglichen Surrogation bloß auf die Gegenleistung des Erwerbers, also etwa den Kaufpreiszahlungsanspruch;<sup>58</sup> mit § 234 ZPO hat das dann aber nichts mehr zu tun.

Damit fehlt aber weiterhin eine Begründung, warum im Verfahren, in dem der schuldrechtliche Anspruch auf (Rück-)Über-

tragung geltend gemacht wird, die treuhändig gehaltene Liegenschaft selbst streitverfangen sein soll, was zur Erstreckung der Urteilswirkungen führen würde. Bleibt man mit der in Österreich einhelligen Meinung dabei, dass bei obligatorischen Verschaffungsansprüchen nur diese streitverfangen sind – was der OGH zuletzt ähnlich wie im Doppelverkaufsfall für den Verschaffungsanspruch des Käufers (§ 1061 ABGB) auch für das ebenso nur einen schuldrechtlichen Anspruch vermittelnde (§ 649 ABGB)<sup>59</sup> Legat bestätigt hat<sup>60</sup> –, kann für die Treuhand nichts anderes gelten.

## Auch materiell-rechtlich ist kein Grund dafür ersichtlich, dem Erwerber eine Herausgabepflicht aufzuerlegen.

Dieses Ergebnis lässt sich auch materiell-rechtlich absichern. Selbst wenn man nämlich für konkurrierende Herausgabeansprüche auch bei Geltendmachung (nur) der obligatorischen Verpflichtung die beanspruchte Sache selbst als streitverfangen ansehen will, unterscheiden sich diese Fälle mE in einem entscheidenden Punkt von der Treuhand:<sup>61</sup> Obwohl er es im Innenverhältnis nicht darf, kann der Treuhänder als Vollrechtsinhaber nach außen nun einmal derivativ unbelastetes Eigentum übertragen.<sup>62</sup> Dann ist aber auch unter Berücksichtigung von § 234 ZPO kein Grund dafür ersichtlich, dem Erwerber – und neuen Eigentümer – die Pflicht aufzuerlegen, die Sache wieder herauszugeben.<sup>63</sup>

## D. Fazit

Anliegen des § 234 ZPO ist es, die materielle Rechtslage bei Veräußerung der streitverfangenen Sache während des Prozesses

<sup>59</sup> *Neumayr* in KBB<sup>7</sup> § 545 ABGB Rz 1; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 619.

<sup>60</sup> 3 Ob 238/18y mit Hinweis auf 3 Ob 202/00b, wo der OGH formuliert: „Nach materiellem Recht kann [...] keineswegs gesagt werden, den Erwerber einer Sache, die von einer vom Veräußerer verschiedene[n] Person jemand anderem vermacht wurde, treffe allein wegen des Erwerbes der Sache gleich dem Veräußerer die Verpflichtung zu deren Übergabe an den Legatar. Es kann somit schon aus diesen Gründen eine Erstreckung der Rechtskraft des Exekutionstitels auf die Verpflichtete nicht angenommen [...] werden“.

<sup>61</sup> *Zeuner* in FS Felgentraeger 423 (427) betont freilich, dass bei Geltendmachung nur des obligatorischen Anspruchs dem Besitzer auch im Fall konkurrierender Ansprüche „im Ergebnis eine Rückgabepflicht oder -haftung gegenüber dem Kläger auferlegt wird, obwohl er nach materiellem Recht nicht in die Pflichtenstellung des Besitzers eingetreten ist“.

<sup>62</sup> *F. Bydlinski*, System 338; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> 151; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 135. Aus diesem Grund erübrigen sich auch die Erwägungen des 3. Senats zu einem allfälligen Gutgläubenserwerb (3 Ob 185/22k Rz 14); krit zur Paralleldiskussion beim Doppelverkauf schon *Welser*, NZ 1994, 73 (77f): Es sei „unbegreiflich, warum die Frage nach einem gutgläubigen Erwerb [...] überhaupt gestellt werden konnte“.

<sup>63</sup> Eine andere Frage ist, ob im konkreten Fall ein derivativer Erwerb der I am Fehlen eines gültigen Titels scheitern könnte, zumal Teile der Lehre und Rsp die Grundsätze des Vollmachtsmissbrauchs auch beim Treuhandmissbrauch anwenden (vgl etwa *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 188ff mwN) und I beim Kauf der Liegenschaft vom anhängigen Titelverfahren wusste (3 Ob 185/22k Rz 14), oder ob A gegen I einen auf Übertragung der Liegenschaft gerichteten (*Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> Rz A/2/210) Schadenersatzanspruch wegen Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte hat (grundlegend *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte [1967]; auf zuletzt *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften [2019]); zum Spannungsverhältnis zwischen Ungültigkeit des Titels und Ersatzanspruch gegen den Erwerber (im Kontext des Doppelverkaufs) etwa *Koziol*, Zur Ungültigkeit des zweiten Kaufvertrags und der Übereignung bei Doppelveräußerung, in FS *Echler* (2017) 607 (610f). In beiden Fällen hätte A aber jedenfalls keinen mit jenem gegen C identen (Rück-)Verschaffungsanspruch gegen I, sodass § 234 ZPO unabhängig davon nicht zur Anwendung kommt.

<sup>52</sup> *Schilken*, Veräußerung 89.

<sup>53</sup> *F. Bydlinski*, System 336, 338.

<sup>54</sup> *Schilken* in FS Gerhardt 879 (901); ausf *ders*, Veräußerung 75 ff, 86 ff; ähnlich schon *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts<sup>1</sup> (1927) 478, allerdings nur zu § 325, nicht aber zu § 265 dZPO (298 ff); infolge der anlässlich der Rezension der Zweitausgabe von *Jaeger*, ZJP 55 (1930) 495 (496) geäußerten Kritik („Abirrung ins Uferlose“) in *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts<sup>3</sup> (1931) 534 im Ergebnis – trotz anderer methodischer Herleitung (nunmehr Analogie) – aufrechterhalten. Auch *H. Roth* in *Stein/Jonas III*<sup>23</sup> § 265 ZPO Rz 9, der diese Einschränkung zwar nicht explizit macht, stützt sich maßgeblich auf *Schilken* und nennt als Beispiele Miete und Verwahrung, nicht aber die Treuhand.

<sup>55</sup> Dagegen etwa *Assmann* in *Wieczorek/Schütze IV*<sup>4</sup> § 265 ZPO Rz 48; vgl schon *Zeuner*, Zum Verhältnis zwischen Vindikation und Besitzrecht, in FS Felgentraeger (1969) 423 (426, 428), der die Gegenposition als herrschende Ansicht bezeichnet und selbst „Anlass zu erheblichen Zweifeln“ (427) sieht.

<sup>56</sup> *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 316 (vgl weiters 24 mit FN 134); *ders*, Kollision von Herausgabeansprüchen (2017) 95 (vgl weiters 16 mit FN 62).

<sup>57</sup> Zurückhaltend zu derartiger Terminologie freilich *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 135 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at), wonach damit lediglich der Vollstreckungsschutz gemeint sei; so ist etwa die Absicherung des (Rück-)Verschaffungsanspruchs durch Streitanmerkung (§ 61 GBG) unzulässig, eben weil „lediglich der obligatorische Anspruch aus dem behaupteten Treuhandverhältnis [...] geltend gemacht wird“ (7 Ob 125/57 [EvBl 1957/242]).

<sup>58</sup> Ausf dazu und dingliche Surrogation bei treuwidriger Veräußerung ablehnend *Spitzer*, Aussonderung 248 ff; vgl auch *dens* in *Koller/Lovrek/Spitzer*<sup>2</sup> § 44 IO Rz 93.

auch im Verfahren abzubilden, was am einfachsten durch einen Parteiwechsel gelingt (Satz 2). Kommt es nicht dazu, wird das Ziel dadurch erreicht, die Veräußerung im Verfahren auszublenden (Satz 1) und die Wirkungen des gegen den Veräußerer ergangenen Urteils auf den Erwerber zu erstrecken.

Um diesem Anliegen gerecht zu werden, ist für die Frage, wann § 234 ZPO anwendbar ist, eine Rückbesinnung auf das materielle Recht nötig: Während bei sachenrechtlichen Ansprüchen tatsächlich die Sache selbst streitverfangen ist, wenn und weil mit der Veräußerung der Sache materiell-rechtlich auch die Sachlegitimation übergeht, ist bei schuldrechtlichen Verschaffungsansprüchen Vorsicht geboten. Dort ist bloß der obligatorische Anspruch streitverfangen, nicht aber die beanspruchte Sache, sodass § 234 ZPO hier nur zur Anwendung kommt, wenn der Anspruch (bei Veräußerung auf Klägersseite) oder die Verpflichtung (auf Beklagenseite) selbst übertragen werden.

Geht die schuldrechtliche Verpflichtung nicht über, liegt daher kein Fall für § 234 ZPO vor, was der OGH zur Doppelver-

äußerung schließlich auch anerkannt hat. Wenn er zu 3 Ob 185/22k meint, der Treuhandfall sei damit nicht vergleichbar, bleibt von diesem distinguishing bei näherem Hinsehen nicht viel übrig: Auch der (Rück-)Übertragungsanspruch ist nämlich ein obligatorischer, der dem Treugeber A materiell-rechtlich auch nach Veräußerung der beanspruchten Liegenschaft weiterhin nur gegenüber der Treuhänderin C zustand.

Unterm Strich handelt es sich im vorliegenden Fall daher entgegen dem 3. Senat sehr wohl um eine Neuauflage des Doppelveräußerungsproblems: Die Vollstreckung gegen I auf Basis des im Prozess mit C erwirkten Titels hätte daher nicht bewilligt werden dürfen.

**Plus**

**ÜBER DEN AUTOR**

E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at

# Die Auskunftspflicht der Universitäten nach Art 20 Abs 4 B-VG

Eine Anmerkung zu VwGH 12. 12. 2022, Ro 2021/10/0009

**Der Beitrag schnell gelesen**

Der VwGH erweitert in seiner Entscheidung vom 12. 12. 2022, Ro 2021/10/0009, zunächst den Kreis der nach § 1 Abs 1 Auskunftspflichtgesetz verpflichteten Organe überzeugend durch Analogie auf jenen des Art 20 Abs 4 Satz 1 B-VG. Die Auslegung des damit maßgeblichen funktionellen Organverständnisses wird jedoch kritisch hinterfragt, da der VwGH inhaltliche Kriterien zur Abgrenzung staatlicher von nicht-staatlicher Verwaltung heranzieht, ohne diese dabei offenzulegen. Im Ergebnis dehnt der VwGH den Begriff der „Verwaltungs-

aufgabe“ iS des B-VG auf eine bloß im Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe stehende Handlung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts aus.

**Verfassungsrecht; Auskunftspflicht**

Art 20 Abs 4 B-VG; § 1 Abs 1 Auskunftspflichtgesetz

VwGH 12. 12. 2022, Ro 2021/10/0009

ÖJZ 2023/75



Mag. NIKLAS SCHRENK ist Universitätsassistent am Institut für Staatsrecht und Politische Wissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz. Mag.<sup>a</sup> CLAUDIA WITZENEDER ist Universitätsassistentin am Institut für Universitätsrecht sowie Staatsrecht und Politische Wissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz und derzeit für ein Praktikum am EuGH karenciert.

**Inhaltsübersicht:**

- A. Verpflichtung zur Auskunft nach Art 20 Abs 4 B-VG
- B. Entscheidung VwGH 12. 12. 2022, Ro 2021/10/0009
- C. Anmerkungen
- D. Fazit

**A. Verpflichtung zur Auskunft nach Art 20 Abs 4 B-VG**

Die Frage, wer konkret gem Art 20 Abs 4 B-VG zur Auskunftserteilung verpflichtet ist, nahm bereits im Gesetzgebungsprozess des Jahres 1987 breiten Raum ein und tut dies (vor allem in der

Literatur) auch noch heute.<sup>1</sup> Nach dem Wortlaut des Art 20 Abs 4 Satz 1 B-VG sind zunächst „[a]lle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe“ zur Auskunft verpflichtet. Mit dieser Formulierung wurde ein **funktionaler** Organbegriff gewählt.<sup>2</sup> Dies bedeutet, dass nicht die or-

<sup>1</sup> RV 39 BlgNR 17. GP 4; umfassend dazu insb *Perthold-Stoitzner*, Die Auskunftspflicht der Verwaltungsorgane<sup>2</sup> (1998) 81ff; *Janko*, Auskunftspflichten im österreichischen öffentlichen Recht, in *Hauer* (Hrsg), Die Verwaltung zwischen Verschwiegenheit und Transparenz (2002) 1 (10).

<sup>2</sup> VwGH 28. 6. 2021, Ro 2021/11/0005; 24. 5. 2018, Ro 2017/07/0026; *Eberhard/Fuchs*, Staatlichkeit und Information, in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturm/Wiederin/Wimmer* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure III (2019) 149 (157); *Forster* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 20 B-VG (Stand 1. 1. 2021, rdb.at) Rz 42; *Harbich*, Die Auskunftspflicht, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich III (1997) 209 (220); *Hengstschläger/Leeb*, Verfahrensrechtliche Fragen der Auskunftspflicht gem Art 20 Abs 4 B-VG, JBl 2003, 269 (271f); *Janko* in *Hauer* (Hrsg), Verwaltung, I (12); *Miernicki*, Der freie Zugang zu behördlichen Informationen (2021) 38; *Perthold-Stoitzner*, Aus-