

# TE OGH 1989/2/22 3Ob148/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.02.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Warta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Klinger, Dr. Angst und Dr. Graf als weitere Richter in der Rechtssache der betreibenden Partei S\*\*\* N\*\*\*, Neumarkt in der Oberpfalz, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Dr. Norbert Margreiter, Rechtsanwalt in Bezau, wider die verpflichtete Partei Johann H\*\*\*, Kaufmann und Landwirt, Schärding, Unterer Stadtplatz 13, vertreten durch Dr. Reinhard Wildmoser, Rechtsanwalt in Linz, wegen 350.000 DM sA infolge Revision der betreibenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 16. Juni 1988, GZ 6 R 19/88-31, womit infolge Berufung der betreibenden Partei das Urteil des Kreisgerichtes Ried i.l. vom 16. November 1987, GZ Nc 48/87-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die betreibende Partei ist schuldig, der verpflichteten Partei binnen 14 Tagen die mit 20.700,90 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 975 S Umsatzsteuer) zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Mit Beschluß des Kreisgerichtes Ried im Innkreis vom 5.11.1986, Nc 134/86, wurde zugunsten der betreibenden Partei, einer Sparkasse mit dem Sitz in der BRD, wider den jetzt in Österreich wohnhaften Verpflichteten auf Grund des vor dem deutschen Notar Robert S\*\*\* abgeschlossenen Notariatsaktes vom 8.1.1982, der Vollstreckungsklausel vom 7.4.1986 und deren Erweiterungen vom 4.6.1986 und 22.10.1986 und den Zustellungsurkunden vom 16.6.1986 zur Hereinbringung von 350.000 DM samt 18 % Zinsen seit 22.7.1982 die Fahrnisexekution bewilligt und am 7.1.1987 zu E 2714/86 des Bezirksgerichtes Schärding durch Pfändung von Fahrnissen vollzogen, an welchem Tag dem Verpflichteten auch die Exekutionsbewilligung zugestellt wurde.

Mit einem am 6.5.1987 zur Post gegebenen und beim Erstgericht am 7.5.1987 eingelangten Schriftsatz erhob der Verpflichtete Widerspruch gegen diese Exekution nach § 81 Z 4 EO mit der Begründung, er sei seit 1.1.1982, spätestens aber seit Mai 1982 Deviseninländer, sodaß der mit der betreibenden Partei abgeschlossene Darlehensvertrag, die zu dessen Sicherung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und Vorgänge und alle aus dem Notariatsakt vom 8.1.1982 abgeleiteten Ansprüche wegen fehlender devisenbehördlicher Bewilligung der Österreichischen Nationalbank nichtig und unwirksam seien und die Verwirklichung von Ansprüchen angestrebt werde, denen durch das österreichische Recht aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung die Gültigkeit versagt sei. Die betreibende Partei bestritt unter Hinweis auf den Wohnsitz in der BRD und die dort ausgeübte geschäftliche Tätigkeit, daß der Verpflichtete im Zeitpunkt der Entstehung der strittigen Ansprüche Deviseninländer gewesen sei. Die nachträglichen

Abtretungsvorgänge zwischen Devisenausländern und die spätere Verlegung des Wohnsitzes nach Österreich habe keine Genehmigungspflicht ausgelöst. Der von der betreibenden Partei in einem in der BRD geführten Rechtsstreit vertretene Standpunkt, der Verpflichtete sei Deviseninländer, habe sich auf andere Rechtsgeschäfte bezogen, vor allem die Tätigkeit des Verpflichteten für eine österreichische Unternehmensgruppe. Die mit Notariatsakt vom 8.1.1982 bestellte Grundschild samt abstraktem Schuldversprechen betreffe hingegen die Einräumung eines Kredits für eine selbständige Niederlassung und einen landwirtschaftlichen Betrieb des Verpflichteten in der BRD, welche im Sinne des § 1 Abs 1 Z 10 DevG als Devisenausländer zu betrachten sei. Dieses Kreditgeschäft unterliege also nicht den devisenrechtlichen Bestimmungen.

Das Erstgericht versagte dem Notariatsakt vom 8.1.1982 die Vollstreckung und erklärte die auf Grund dieses Notariatsaktes bewilligte und vollzogene Exekution für unzulässig.

Es traf im wesentlichen folgende Tatsachenfeststellungen:

Nach seinem Präsenzdienst übersiedelte der am 19.12.1945 geborene Verpflichtete in die BRD, gründete eine Familie und baute dort eine wirtschaftliche Existenz auf. Er betrieb Ende der Siebzigerjahre, Anfang der Achtzigerjahre in Schwaim, BRD, die Unternehmungen Firma Anton H\*\*\* und Immobilien H\*\*\*. Im Jahr 1972 meldete er sich pro forma in Atzmanning in Österreich an. 1975 verstarb sein Vater, weshalb er die Führung des Anwesens seiner Eltern in Atzmanning übernahm, und zwar teilweise selbst, teilweise durch Bedienstete. Im Spätsommer oder Herbst 1981 interessierte er sich für die Übernahme der sogenannten "K\*\*\*-G\*\*\*" in Schärding, weshalb er sich mehr und mehr in Österreich, nämlich in Atzmanning und Schärding aufhielt. Etwa um diese Zeit lernte er Eleonore P\*\*\* kennen, mit der er eine intime Beziehung aufnahm, aus welcher Verbindung zwei uneheliche Kinder stammen, ohne daß die Ehe des Verpflichteten geschieden worden wäre. Im Jahr 1981 führte Johann M\*\*\* für den Verpflichteten die beiden Betriebe in der BRD, die in der Folge stillgelegt wurden. 1985 meldete sich der Verpflichtete formell von Schwaim ab und meldete sich nach München als in einem dortigen zu seinem Immobilienbestand gehörigen Hotel wohnend an. Seit Ende 1981 hat er seinen Lebensmittelpunkt in Österreich. Seine geschäftliche Tätigkeit in der BRD diene von da an überwiegend nur mehr der Beendigung begonnener Geschäfte und der Suche nach Finanzierungsmöglichkeiten.

Am 8.1.1982 bestellte der Verpflichtete vor dem deutschen Notar Robert S\*\*\* eine Grundschild für die V\*\*\* V\*\*\*

e. G. in Höhe von 350.000 DM samt 18 % Zinsen p.a. und verpflichtete sich gegenüber dem Gläubiger zur Zahlung der Grundschild und zur Unterwerfung in die sofortige Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Die Grundschild bezog sich auf Liegenschaften des Verpflichteten in Lalling/BRD, die er im Jahr 1981 erworben hatte.

Am 19.7.1982 schloß der Verpflichtete mit der betreibenden Partei einen Darlehensvertrag über 5 Mill. DM ab und verpflichtete sich zur vierteljährlichen Verzinsung und Rückzahlung bis 31.12.1986. Zur Besicherung dieses Darlehens stellte er unter anderem die am 8.1.1982 bestellte Grundschild zur Verfügung und trat sie am 22.7.1982 an die betreibende Partei ab. Eine weitere Abtretung der Grundschild erfolgte am 27.3.1984.

Mit einem Teil des Darlehens erwarb der Verpflichtete eine Liegenschaftshälfte in Lalling/BRD in der Absicht, durch späteren Verkauf einen Spekulationsgewinn erzielen zu können. Im Zusammenhang mit einer im Jahr 1984 geplanten Aktion des Verpflichteten, seine gesamten Kreditverbindlichkeiten von der B\*\*\* FÜR O\*\*\* UND S\*\*\* auf ein anderes österreichisches Kreditinstitut umzuschulden, erwirkte der Verpflichtete eine selbstschuldnerische Bürgschaft der betreibenden Partei vom 5.9.1984 zugunsten der O\*\*\* R\*\*\*-Z\*\*\*, reg.

Genossenschaft mbH. Als diese die betreibende Partei aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen wollte, erhob die betreibende Partei beim Landgericht München eine negative Feststellungsklage und andererseits die O\*\*\* R\*\*\*-Z\*\*\* eine Klage gegen die betreibende Partei auf Zahlung von 35 Mill. S samt Anhang. In diesem Verfahren vertrat die betreibende Partei den Standpunkt, die Bürgschaftserklärung diene der Umgehung österreichischer Devisenbestimmungen und sei daher nichtig. Im Zusammenhang mit diesem Verfahren beantragte die betreibende Partei Anfang 1987 die Bewilligung der Österreichischen Nationalbank zur Aufnahme eines Avalkredits von 35 Mill. S durch den Verpflichteten, welches Ansuchen mit Bescheid vom 15.11.1987 abgewiesen wurde. Ein Antrag auf Bewilligung der Bürgschaftserklärung vom 5.9.1984 und des Komplexes des vorliegenden Rechtsstreites wurde von der Österreichischen Nationalbank noch nicht endgültig erledigt. Auf Grund dieses Sachverhaltes ging das Erstgericht davon aus, daß der Verpflichtete seit dem Jahr 1981 als Deviseninländer anzusehen sei. Daher seien die Übernahme der Geldverpflichtungen zum Zweck des Erwerbs einer ausländischen Liegenschaft, die dazu erfolgten

Kreditaufnahmen bei einer ausländischen Bank, der Fluß der Valuta und die gegenständliche Grundschild ohne devisenbehördliche Genehmigung nichtig. Die Grundstücke in Lalling seien nicht als Niederlassung im Sinne des Devisengesetzes anzusehen. Eine generelle Genehmigung liege wegen des abstrakten Charakters der Grundschild nicht vor.

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichtes. Es übernahm die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes - ausgenommen jene über die Art der seit Ende 1981 in Schwaim geführten Geschäfte (Beendigung begonnener Geschäfte, Geldbeschaffungsversuche) und nahm zusätzlich folgende Tatsachen als erwiesen an:

Der Verpflichtete wohnte seit Mitte 1980 wegen der in seiner Ehe eingetretenen Krise in Österreich. Seit Beginn des Jahres 1981 entfaltete er seine geschäftliche Tätigkeiten vermehrt in Österreich. So erwarb er Anfang 1981 eine Möbeltischlerei in Amdorf sowie ein Kino und eine Gastwirtschaft in Tauskirchen. In den Jahren 1980/1981 betrieb er in Österreich etwa zehn Unternehmungen, darunter einige Landwirtschaften. In der BRD unterhielt er den Autohandel und ein Immobiliengeschäft in Schwaim und das Hotel A\*\*\* in München. Seit Herbst 1981 konzentrierte er sein geschäftliches Engagement in Österreich, besonders im Zusammenhang mit der K\*\*\*-G\*\*\*, deren Umsatz das Vierfache des Umsatzes aller Unternehmungen des Verpflichteten in der BRD betrug. Im August 1981 begann die Beziehung zu Eleonore P\*\*\*, seit Herbst 1981 wohnte er vielfach bei ihr. In München wohnte der Verpflichtete nie ständig, sondern hat dort nur cirka fünf Mal genächtigt. Die Bestellung der Grundschild und die Abgabe des abstrakten Schuldversprechens zugunsten der V\*\*\* V\*\*\* erfolgte für die Gewährung eines Kredits von etwa 350.000 DM zum Erwerb einer Liegenschaft in Lalling. Der Verpflichtete nahm dieses Geschäft im Rahmen der "I\*\*\*-H\*\*\*" vor, deren Rechtsträger der Verpflichtete als natürliche Person war. Die Abtretung der Grundschild an die betreibende Partei erfolgte im Zusammenhang mit einer Umschildung nach Einlösung der Darlehensforderung der V\*\*\* V\*\*\* durch die betreibende Partei. - Wohnsitzangaben des Verpflichteten in Urkunden sind kein Hinweis auf einen wirklichen Wohnsitz, weil der Verpflichtete die Meldevorschriften grundsätzlich nicht beachtet hat.

Auf Grund dieser erweiterten Tatsachengrundlagen ging auch das Berufungsgericht davon aus, daß der Verpflichtete schon am 8.1.1982 Deviseninländer gewesen sei. Eine "ausländische Niederlassung" des Verpflichteten habe nicht bestanden, weil der Verpflichtete seine Betriebe in der BRD von Österreich aus geleitet habe. Die Grundschild sei im übrigen ausdrücklich für den Verpflichteten selbst begründet worden. Mangels Bewilligung der Österreichischen Nationalbank sei die Exekutionsführung aus dem Notariatsakt unzulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Zutreffend hat das Berufungsgericht den Verpflichteten schon für den 8.1.1982 (Begründung der Grundschild) als Deviseninländer behandelt. Gemäß § 1 Abs 1 Z 9 DevG ist eine natürliche Person Inländer im Sinne des Devisengesetzes, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, ferner die sich schon über drei Monate in Österreich aufhält. Zur Begründung der Deviseninländereigenschaft genügt eine dieser drei Voraussetzungen (EvBl 1964/117). Bei einem sogenannten Doppelwohnsitz ist die Deviseninländereigenschaft gegeben (Schwarzer-Csoklich-List, Das österreichische Währungs- und Devisenrecht<sup>4</sup>, 391 Anm 2 zu § 1 Abs 1 Z 9 DevG). Nach den getroffenen Feststellungen hält sich der Verpflichtete nicht mehr an seinem früheren Wohnsitz in der BRD auf, sondern begründete nach und nach immer intensivere geschäftliche Bindungen in Österreich und hielt sich vor allem seit der Begründung einer Beziehung zu einer anderen Frau im Herbst 1981 überwiegend in Österreich auf. Diese Art des Aufenthaltes erlaubt den zwingenden Schluß, daß der Verpflichtete seit Herbst 1981 einen Aufenthalt in Österreich unter solchen Umständen begründet hat, die auf einen längeren, wenn auch vielleicht nicht dauernden Aufenthalt schließen lassen. Dies reicht aber für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthaltes im Sinne des § 1 Abs 1 Z 9 DevG aus (Schwarzer-Csoklich-List aaO Anm 3). Auf die in der Revision besonders hervorgehobenen zusätzlichen Aktivitäten des Verpflichteten in der BRD kommt es nicht an; denn es genügt, wenn jedenfalls auch in Österreich ein gewöhnlicher Aufenthalt vorliegt. Damit ist zu untersuchen, welche für den vorliegenden Fall erheblichen Vorgänge der Genehmigungspflicht nach dem Devisengesetz unterlagen und ob wegen des Fehlens solcher Genehmigungen der allein geltend gemachte Widerspruch Grund nach § 81 Z 4 EO vorliegt. Gemäß § 14 Abs 1 DevG bedarf unter anderem die Aufnahme von Krediten bei Ausländern, die Übernahme von sonstigen Geldverpflichtungen gegenüber Ausländern und die Bestellung von Sicherheiten für ausländische Gläubiger der devisenbehördlichen Genehmigung. Gemäß § 22

Abs 1 DevG sind Rechtsgeschäfte, die dieser Vorschrift widersprechen, nichtig. Wenn zur Leistung des Schuldners eine Bewilligung erforderlich ist, so ist gemäß § 22 Abs 2 DevG die Verurteilung oder Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn die Bewilligung erteilt worden ist.

Die Begründung der Grundschild zugunsten des Devisenausländers, die Aufnahme des Kredites bei einer ausländischen Kreditunternehmung, die Abtretung der Rechte aus der Grundschild zur Besicherung dieser Kreditforderung (und einer weiteren Forderung gegen eine von der verpflichteten Partei betriebene Autofirma) waren daher durchwegs bewilligungspflichtig.

Eine generelle Bewilligung der Österreichischen Nationalbank für Rechtsgeschäfte dieser Art liegt nicht vor.

Die in der Revision herangezogene Kundmachung DE 8/87 deckt lediglich die Abtretung der Rechte aus der Grundschild (= Forderung eines Ausländers gegen einen Inländer) an die betreibende Partei, aber nicht die zwischen der betreibenden Partei und der verpflichteten Partei abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und die Begründung der Grundschild selbst. Der in der Revision anklingende Standpunkt, es seien die strittigen Rechtsgeschäfte gar nicht mit der verpflichteten Partei selbst, sondern mit einem selbständigen deutschen Unternehmen abgeschlossen worden, widerspricht dem Inhalt der einzelnen Urkunden und den Feststellungen der Vorinstanzen, wonach der Verpflichtete selbst als Schuldner anzusehen ist. Die Kundmachung DE 9/87 kommt nicht zur Anwendung, weil die Zahlung nicht "auf Grund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung" im Sinne der Z 1 lit a dieser Kundmachung erfolgen soll. Die Ansicht, man müsse erst bei der Zahlung der durch ein Exekutionsverfahren eingehenden Beträge darauf achten, daß diese auf ein Interims- oder Sperrkonto der ausländischen betreibenden Partei bei einer inländischen Bank oder einem bevollmächtigten inländischen Rechtsanwalt oder Notar erfolge, kann für Fälle die nicht von der Kundmachung DE 9/87 gedeckt sind, nicht zum Tragen kommen. Die Kundmachung DE 5/87 (generelle Bewilligung zur Übernahme von Geldverpflichtungen aus sonstigen Schuldverpflichtungen) kommt nicht zum Tragen, weil unter "sonstigen Schuldverpflichtungen" nur Schuldverpflichtungen aus sogenannten "Invisibles" ("unsichtbare Transaktionen") wie Dienstleistungsgeschäfte, Verpflichtungen zur Zahlung von Zinsen, von Erträgen aus Investitionen im Inland, von Versicherungsprämien, sowie Familien-Unterhaltszahlungen verstanden werden.

Eine spezielle Bewilligung der Österreichischen Nationalbank liegt nach den getroffenen Feststellungen nicht vor. Es ist damit davon auszugehen, daß alle dem Exekutionstitel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte nichtig sind.

Gemäß Art 2 Z 1 des österreichisch-deutschen Vollstreckungsvertrages (BGBl 1960 Nr 105), gemäß Art 13 Abs 1 des Vertrages auch auf Notariatsakte anzuwenden, ist die Anerkennung zu versagen, wenn sie der öffentlichen Ordnung des Staates widerspricht, in dem die Entscheidung geltend gemacht wird. Wenn die in einem ausländischen Notariatsakt beurkundeten Verpflichtungen gegen die zwingenden Normen des inländischen Devisenrechts verstoßen, liegt ein Verstoß gegen den inländischen ordre public vor, weil die Bestimmungen des Devisengesetzes zu den Grundregeln des inländischen Wirtschaftsrechtes gehören (ähnlich für das deutsche Recht Martiny, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechtes, Bd III/1, Kap I Rz 1090 und derselbe in Münchner Kommentar, Bd VII Rz 420, vor Art 12 EGBGB). Gerade wenn eine solche nichtige Verpflichtung nicht in einem Gerichtsverfahren überprüft wird (vgl die obigen Ausführungen zur Kundmachung DE 9/87 "Entscheidung"), in welchem unter anderem auch von Amts wegen auf die Bestimmungen des Devisengesetzes Bedacht zu nehmen ist (Schwimmann in Rummel ABGB Rz 10 vor § 35 IPRG), ist zur Vermeidung einer Umgehung des inländischen Devisenrechtes hier ein eher strenger Maßstab am Platze. Die derzeit nicht auszuschließende Möglichkeit einer nachträglichen Bewilligung der einzelnen Rechtsgeschäfte durch die Österreichische Nationalbank reicht daher nicht aus, einen Verstoß gegen den inländischen ordre public vorerst noch nicht anzunehmen. Vielmehr ist zu fordern, daß ein Exekutionsantrag erst berechtigt ist, nachdem die bisher fehlende Bewilligung ergangen ist.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 78, 83 EO und 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E16568

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0030OB00148.88.0222.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890222\_OGH0002\_0030OB00148\_8800000\_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)