

# TE OGH 1998/4/15 3Ob1003/96

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.04.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Graf, Dr.Pimmer, Dr.Zechner und Dr.Hopf als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei W\*\*\*\*\* D-40217 Düsseldorf, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Dr.Johannes Hübner, Rechtsanwalt in Wien, wider die verpflichtete Partei Dr.Johannes Leon, Rechtsanwalt, Reichsratsstraße 5, 1010 Wien, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* wegen S 100.000 sA, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 22.September 1995, GZ 47 R 481/95-17, womit infolge Rekurses der verpflichteten Partei der Beschluß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 10.Juli 1995, GZ 50 E 263/95v-5, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

1. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

"Stellt es eine mit Art 73 b EG-Vertrag (EGV) vereinbare Beschränkung des Kapital- und Zahlungsverkehrs dar, die Begründung einer Hypothek für eine effektive Fremdwährungsschuld (hier: DM = Deutsche Mark) nicht zuzulassen?" "Stellt es eine mit Artikel 73, b EG-Vertrag (EGV) vereinbare Beschränkung des Kapital- und Zahlungsverkehrs dar, die Begründung einer Hypothek für eine effektive Fremdwährungsschuld (hier: DM = Deutsche Mark) nicht zuzulassen?"

2. Das über den außerordentlichen Revisionsrekurs anhängige Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des § 90 a Abs 1 GOG ausgesetzt. 2. Das über den außerordentlichen Revisionsrekurs anhängige Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des Paragraph 90, a Absatz eins, GOG ausgesetzt.

## Text

Begründung:

Der Oberste Gerichtshof in Wien ist im Rahmen seiner Kompetenz als dritte und letzte innerstaatliche Instanz in Zivilrechtssachen mit folgender Rechtsfrage befaßt:

Aufgrund des vollstreckbaren Notariatsaktes eines österreichischen öffentlichen Notars vom 16.12.1991 ist auf den in Österreich gelegenen Liegenschaften der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH Grundbuch 01006 Landstraße EZ \*\*\*\*\* im Rang C-LNr 4 und Grundbuch 01107 Simmering EZ \*\*\*\*\* im Rang C-LNr 3 zugunsten der betreibenden Partei ein Pfandrecht für eine Forderung von DM 2,000.000 sA einverleibt.

Mit Beschluß vom 30.5.1995 bewilligte das Erstgericht (= Bezirksgericht Innere Stadt Wien) der betreibenden Partei W\*\*\*\*\* gegen die G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH aufgrund des vollstreckbaren Notariatsaktes vom 16.12.1991 zur Hereinbringung der vollstreckbaren Forderung von DM 1.000.000 sA die Zwangsversteigerung der beiden genannten Liegenschaften.

Mit Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 7.6.1995, GZ 4 S 877/95p-3, wurde über das Vermögen der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH der Konkurs eröffnet und Rechtsanwalt Dr.Johannes Leon zum Masseverwalter bestellt.

Mit Beschluß vom 10.7.1995 bewilligte das Erstgericht der betreibenden Partei gegen die G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH aufgrund des vollstreckbaren Notariatsaktes vom 16.12.1991 die Zwangsversteigerung dieser beiden Liegenschaften auch zur Hereinbringung der weiteren vollstreckbaren Forderung von S 100.000 sA in dem bei Pfandrechtseinverleibung begründeten Grundbuchsran. Die betreibende Partei trat damit der bereits mit Beschluß vom 30.5.1995 zu ihren Gunsten bewilligten Zwangsversteigerung bei.

Mit Beschluß vom 21.7.1995 stellte das Erstgericht über Antrag der betreibenden Partei die mit Beschluß vom 30.5.1995 bewilligte Zwangsversteigerung gemäß § 39 Abs 1 Z 6 Exekutionsordnung (EO) ein.Mit Beschluß vom 21.7.1995 stellte das Erstgericht über Antrag der betreibenden Partei die mit Beschluß vom 30.5.1995 bewilligte Zwangsversteigerung gemäß Paragraph 39, Absatz eins, Ziffer 6, Exekutionsordnung (EO) ein.

Gegen die mit Beschluß vom 10.7.1995 bewilligte Zwangsversteigerung erhob der Masseverwalter Rekurs wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

Mit Beschluß vom 22.9.1995 gab das Rekursgericht (= Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien) dem Rekurs des Masseverwalters Folge und änderte die angefochtene Entscheidung im Sinne einer Abweisung des Antrages auf Beitritt zur Zwangsversteigerung ab. Das Rekursgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß zugunsten einer Forderung in ausländischer Währung ein zwangsweises Pfandrecht nicht im Grundbuch einverleibt werden könne. Geschehe dies dennoch, dann sei dieses Pfandrecht nichtig. Das zugunsten der betreibenden Partei auf den beiden genannten Liegenschaften einverlebte Pfandrecht über DM 2.000.000 sei zufolge Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des § 14 Allgemeines Grundbuchgesetz 1955 (GBG) nichtig. Es könne daher auch keine Zwangsversteigerung im seinerzeitigen Rang bewilligt werden. Einer allfälligen Bewilligung der Zwangsversteigerung im laufenden Rang des Exekutionsantrages stehe der Umstand entgegen, daß über das Vermögen der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH der Konkurs eröffnet worden sei (§ 10 Konkursordnung [KO]). Gleichzeitig sprach das Rekursgericht aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs zufolge klarer Sach- und Rechtslage nicht zulässig sei.Mit Beschluß vom 22.9.1995 gab das Rekursgericht (= Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien) dem Rekurs des Masseverwalters Folge und änderte die angefochtene Entscheidung im Sinne einer Abweisung des Antrages auf Beitritt zur Zwangsversteigerung ab. Das Rekursgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß zugunsten einer Forderung in ausländischer Währung ein zwangsweises Pfandrecht nicht im Grundbuch einverleibt werden könne. Geschehe dies dennoch, dann sei dieses Pfandrecht nichtig. Das zugunsten der betreibenden Partei auf den beiden genannten Liegenschaften einverlebte Pfandrecht über DM 2.000.000 sei zufolge Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des Paragraph 14, Allgemeines Grundbuchgesetz 1955 (GBG) nichtig. Es könne daher auch keine Zwangsversteigerung im seinerzeitigen Rang bewilligt werden. Einer allfälligen Bewilligung der Zwangsversteigerung im laufenden Rang des Exekutionsantrages stehe der Umstand entgegen, daß über das Vermögen der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH der Konkurs eröffnet worden sei (Paragraph 10, Konkursordnung [KO]). Gleichzeitig sprach das Rekursgericht aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs zufolge klarer Sach- und Rechtslage nicht zulässig sei.

Gegen den Beschluß des Rekursgerichtes richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der betreibenden Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der Bewilligung der Zwangsversteigerung abzuändern; hilfsweise wird die Aufhebung und Zurückverweisung an die zweite Instanz begehrt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die betreibende Partei vertritt im Revisionsrekurs den Standpunkt, daß sich die vom Rekursgericht zitierte Vorjudikatur zur Unzulässigkeit einer Hypothek in ausländischer Währung auf § 3 der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 16.11.1940, dRGBI I 1521 idF des § 4 Schilling-Gesetz, StGBI 1945/231, stütze. Diese Verordnung verstoße allerdings gegen die unmittelbar wirkende Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs nach Art 73 b EGV, weil sie die Einverleibung von Fremdwährungshypotheken verhindere. Art 73 b EGV verbiete alle Arten von Beschränkungen des

Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern. Die Verordnung über wertbeständige Rechte beschränke den Zahlungsverkehr indirekt, weil die Vergabe von Fremdwährungskrediten durch die Unzulässigkeit der Einverleibung von Fremdwährungshypotheken im Grundbuch eingeschränkt werde. Art 73 b EGV sei von den Gerichten und Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten unmittelbar zu beachten; widersprechende Vorschriften seien nicht länger anwendbar. Es werde daher angeregt, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit der Auslegung des Art 73 b EGV zu befassen. Die betreibende Partei vertritt im Revisionsrekurs den Standpunkt, daß sich die vom Rekursgericht zitierte Vorjudikatur zur Unzulässigkeit einer Hypothek in ausländischer Währung auf Paragraph 3, der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 16.11.1940, dRGBI römisch eins 1521 in der Fassung des Paragraph 4, Schilling-Gesetz, StGBI 1945/231, stütze. Diese Verordnung verstoße allerdings gegen die unmittelbar wirkende Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs nach Artikel 73, b EGV, weil sie die Einverleibung von Fremdwährungshypotheken verhindere. Artikel 73, b EGV verbiete alle Arten von Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern. Die Verordnung über wertbeständige Rechte beschränke den Zahlungsverkehr indirekt, weil die Vergabe von Fremdwährungskrediten durch die Unzulässigkeit der Einverleibung von Fremdwährungshypotheken im Grundbuch eingeschränkt werde. Artikel 73, b EGV sei von den Gerichten und Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten unmittelbar zu beachten; widersprechende Vorschriften seien nicht länger anwendbar. Es werde daher angeregt, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit der Auslegung des Artikel 73, b EGV zu befassen.

Dazu wurde erwogen:

Die Bestimmung des § 3 der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 16.11.1940 dRGBI I 1521, in der Fassung des § 4 Schilling-Gesetz, StGBI 1945/231, lautet: Die Bestimmung des Paragraph 3, der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 16.11.1940 dRGBI römisch eins 1521, in der Fassung des Paragraph 4, Schilling-Gesetz, StGBI 1945/231, lautet:

"§ 3 (1) Im Geltungsbereich des GBG. können Grundpfandrechte nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung nur in der Weise bestellt werden, daß der aus dem Grundstück zu zahlende Geldbetrag durch Bezugnahme auf den Preis des Feingoldes bestimmt wird. § 1 Abs 1 gilt entsprechend." § 3 (1) Im Geltungsbereich des GBG. können Grundpfandrechte nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung nur in der Weise bestellt werden, daß der aus dem Grundstück zu zahlende Geldbetrag durch Bezugnahme auf den Preis des Feingoldes bestimmt wird. Paragraph eins, Absatz eins, gilt entsprechend.

(2) Soweit nach dem bisher geltenden Recht im Geltungsbereich des GBG. die Bestellung von Grundpfandrechten in ausländischer Währung oder in der Weise zulässig war, daß der aus dem Grundstück zu zahlende Geldbetrag durch Bezugnahme auf den Preis anderer Edelmetalle als Gold oder auf den Preis von Waren, Wertpapieren oder ausländischen Zahlungsmitteln bestimmt wird, ist die Bestellung eines solchen Grundpfandrechts nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung nur zulässig, wenn an Stelle des bisher belasteten Grundstücks oder Grundstücksteils oder neben diesem ein anderes Grundstück belastet werden soll. Die Belastung bedarf der vorherigen Genehmigung des Oberlandesgerichtspräsidenten."

Der Oberste Gerichtshof hat vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union (1.1.1995) mehrmals ausgesprochen, daß die zitierte Bestimmung zum Bestand der österreichischen Rechtsordnung gehört und der (Neu-)Eintragung des Grundpfandrechts für eine Forderung in ausländischer Währung unabhängig davon entgegensteht, ob das Pfandrecht aufgrund eines inländischen oder ausländischen Titels begründet werden soll (SZ 42/113 mwN ua). Als zulässig wurde nur die Einverleibung eines Pfandrechts in der Höhe der Fremdwährungsschuld am Antragstag entsprechenden Schillingbetrages angesehen (EvBl 1973/80 mwN; 3 Ob 28/82; EvBl 1983/164; ZfRV 1986, 296 mit insoweit zustimmender Anmerkung von Hoyer ua). Auch die Kommentatoren des GBG teilen diese Rechtsauffassung (Dittrich/Angst/Auer, Grundbuchsrecht<sup>4</sup>, Anm 2 zu § 14 GBG). Da bis heute keine formelle Aufhebung der genannten Bestimmung erfolgt ist, könnte sich ihre Unanwendbarkeit im konkreten Fall nur aus dem Vorrang des Rechtes der Europäischen Union gegenüber dem Recht ihrer Mitgliedstaaten ergeben (vgl Thun-Hohenstein/Cede, Europarecht<sup>2</sup> 87 ff), im besonderen aus dem in Art 73 b EGV normierten Verbot aller Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs, das unmittelbar anwendbares Recht für alle im Gebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen Rechtssubjekte enthält und damit von den innerstaatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden ohne weiteres beachtet werden muß (vgl R.H.Weber in Lenz, EG-Vertrag, Rz 18 zu Art 73 b; Ress/Ukrow in Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 11.ErgLfg Rz 25 zu Art 73 b EGV). Dementsprechend präjudiziell ist die Auslegung

des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs für die anstehende Rechtsmittelentscheidung: Verbietet Art 73 b EGV die Beschränkung der Begründung von Grundpfandrechten für Forderungen, die nicht auf Schillingwährung lauten (im konkreten Fall eine auf DM lautende Forderung einer in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Bank), dann wurde von der betreibenden Partei vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH wirksam ein Pfandrecht durch Einverleibung an zwei Liegenschaften erworben und es kann daher auch nach Konkurseröffnung im Rang des früheren, vom Konkurs nicht berührten Pfandrechtes (EvBl 1967/424) die Zwangsversteigerung begehrt werden. Andernfalls wäre von der betreibenden Partei ein Pfandrecht im Zuge einer Grundbucheintragung, die mit unheilbarer Nichtigkeit bedroht ist, erworben worden, weil es § 3 der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 14.11.1940 widerspricht. Eintragungen, die nach dem Gesetz nicht Gegenstand grundbücherlicher Eintragung sein dürfen, sind von Amts wegen als unzulässig zu löschen (§ 130 GBG; vgl SZ 45/26; SZ 55/58). Im Rang der Pfandrechtseintragung könnte dann von der betreibenden Partei nicht die Zwangsversteigerung begehrt werden. Der Oberste Gerichtshof hat vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union (1.1.1995) mehrmals ausgesprochen, daß die zitierte Bestimmung zum Bestand der österreichischen Rechtsordnung gehört und der (Neu-)Eintragung des Grundpfandrechtes für eine Forderung in ausländischer Währung unabhängig davon entgegensteht, ob das Pfandrecht aufgrund eines inländischen oder ausländischen Titels begründet werden soll (SZ 42/113 mwN ua). Als zulässig wurde nur die Einverleibung eines Pfandrechts in der Höhe der Fremdwährungsschuld am Antragstag entsprechenden Schillingbetrages angesehen (EvBl 1973/80 mwN; 3 Ob 28/82; EvBl 1983/164; ZfRV 1986, 296 mit insoweit zustimmender Anmerkung von Hoyer ua). Auch die Kommentatoren des GBG teilen diese Rechtsauffassung (Dittrich/Angst/Auer, Grundbuchsrecht<sup>4</sup>, Anmerkung 2 zu Paragraph 14, GBG). Da bis heute keine formelle Aufhebung der genannten Bestimmung erfolgt ist, könnte sich ihre Unanwendbarkeit im konkreten Fall nur aus dem Vorrang des Rechtes der Europäischen Union gegenüber dem Recht ihrer Mitgliedstaaten ergeben (vergleiche Thun-Hohenstein/Cede, Europarecht<sup>2</sup> 87 ff), im besonderen aus dem in Artikel 73, b EGV normierten Verbot aller Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs, das unmittelbar anwendbares Recht für alle im Gebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen Rechtssubjekte enthält und damit von den innerstaatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden ohne weiteres beachtet werden muß (vergleiche R.H.Weber in Lenz, EG-Vertrag, Rz 18 zu Artikel 73, b; Ress/Ukrow in Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 11. ErgLfg Rz 25 zu Artikel 73, b EGV). Dementsprechend präjudiziell ist die Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs für die anstehende Rechtsmittelentscheidung: Verbietet Artikel 73, b EGV die Beschränkung der Begründung von Grundpfandrechten für Forderungen, die nicht auf Schillingwährung lauten (im konkreten Fall eine auf DM lautende Forderung einer in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Bank), dann wurde von der betreibenden Partei vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH wirksam ein Pfandrecht durch Einverleibung an zwei Liegenschaften erworben und es kann daher auch nach Konkurseröffnung im Rang des früheren, vom Konkurs nicht berührten Pfandrechtes (EvBl 1967/424) die Zwangsversteigerung begehrt werden. Andernfalls wäre von der betreibenden Partei ein Pfandrecht im Zuge einer Grundbucheintragung, die mit unheilbarer Nichtigkeit bedroht ist, erworben worden, weil es Paragraph 3, der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 14.11.1940 widerspricht. Eintragungen, die nach dem Gesetz nicht Gegenstand grundbücherlicher Eintragung sein dürfen, sind von Amts wegen als unzulässig zu löschen (Paragraph 130, GBG; vergleiche SZ 45/26; SZ 55/58). Im Rang der Pfandrechtseintragung könnte dann von der betreibenden Partei nicht die Zwangsversteigerung begehrt werden.

Die Auslegung von Bestimmungen des EG-Vertrages ist nach Art 164 EGV Sache des Europäischen Gerichtshofes, der hierüber gemäß Art 177 Abs 1 lit a EGV eine Vorabentscheidung zu treffen hat. Ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, ist gemäß Art 177 Abs 3 EGV sogar zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofes verpflichtet, wenn eine derartige Auslegungsfrage in einem schwebenden Verfahren bei ihm gestellt wird. Die Nichteinhaltung dieser Vorlagepflicht würde das durch Art 83 Abs 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) garantierte Recht der betroffenen Parteien auf den gesetzlichen Richter verletzen (Verfassungsgerichtshof 11.12.1995, B 2300/95 = JBl 1996, 378). Nur dann, wenn die präjudizielle Auslegungsfrage bereits Gegenstand einer (Vorab-)Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes war oder die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß die Beantwortung der Frage keinerlei Zweifel aufwirft, wäre das nationale Gericht seiner Vorlagepflicht enthoben (SZ 68/89; SZ 68/168; WBl 1996, 32; JBl 1996, 35 ua mwN). Dies ist hier nicht der Fall. Die Auslegung von Bestimmungen des EG-Vertrages ist nach Artikel 164, EGV Sache des Europäischen Gerichtshofes, der hierüber gemäß Artikel 177, Absatz eins, Litera a, EGV eine Vorabentscheidung zu treffen hat. Ein

Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, ist gemäß Artikel 177, Absatz 3, EGV sogar zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofes verpflichtet, wenn eine derartige Auslegungsfrage in einem schwebenden Verfahren bei ihm gestellt wird. Die Nichteinhaltung dieser Vorlagepflicht würde das durch Artikel 83, Absatz 2, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) garantierte Recht der betroffenen Parteien auf den gesetzlichen Richter verletzen (Verfassungsgerichtshof 11.12.1995, B 2300/95 = JBl 1996, 378). Nur dann, wenn die präjudizielle Auslegungsfrage bereits Gegenstand einer (Vorab-)Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes war oder die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß die Beantwortung der Frage keinerlei Zweifel aufwirft, wäre das nationale Gericht seiner Vorlagepflicht enthoben (SZ 68/89; SZ 68/168; WBl 1996, 32; JBl 1996, 35 ua mwN). Dies ist hier nicht der Fall.

Eine Definition des von Beschränkungen freizuhaltenden "Kapital- und Zahlungsverkehrs" gibt der Vertrag nicht (R.H.Weber aaO, Rz 4 ff). Die Gemeinschaft ist trotz einschlägiger Bemühungen (vgl insbesondere die [vierte] Kapitalverkehrs-Richtlinie 88/361) auch noch nicht zu einem einheitlichen und umfassenden Begriffsverständnis gelangt (vgl R.H.Weber aaO Rz 4 ff; Ress/Ukrow aaO Rz 6 ff). Eine Richtlinie über den Hypothekarkredit steht noch aus (Kaindl, Die Eurohypothek, NZ 1993, 277 ff; Ress/Ukrow aaO Rz 38). Selbst wenn man unter Heranziehung der bisher vorhandenen Nomenklatur die hypothekarische Sicherstellung einer kreditierten Kaufpreisforderung als Erscheinungsform des Kapitalverkehrs erkennt, bleibt ein Interpretationsspielraum, ob die Bereitstellung hypothekarischer Sicherheiten für derartige Forderungen von der Art der geschuldeten Währung (Eigen- oder Fremdwährung) abhängig gemacht werden darf. Art 73 b EGV ordnet zwar die Beseitigung aller direkten und indirekten legislativen, administrativen und sonstigen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehrs an (R.H.Weber aaO Rz 5; Ress/Ukrow aaO Rz 11), und zwar unabhängig von der Art, der Form, der Menge oder dem Wert des Kapitals, das bewegt werden soll (Ress/Ukrow aaO Rz 13), doch blieb nach dem Subsidiaritätsprinzip eine allgemeine, materiellrechtlich nur durch die Liberalisierungsgebote der Art 73 b ff EGV eingeeengte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung des Kapitalverkehrs und der Kapitalmärkte bestehen (Ress/Ukrow aaO Rz 1). So sind Beschränkungen zulässig, die notwendig und aus zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt sind, etwa zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Verbraucher. Ausschlaggebend ist letztlich die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (vgl R.H.Weber aaO Rz 11 f).

Eine Definition des von Beschränkungen freizuhaltenden "Kapital- und Zahlungsverkehrs" gibt der Vertrag nicht (R.H.Weber aaO, Rz 4 ff). Die Gemeinschaft ist trotz einschlägiger Bemühungen vergleiche insbesondere die [vierte] Kapitalverkehrs-Richtlinie 88/361) auch noch nicht zu einem einheitlichen und umfassenden Begriffsverständnis gelangt vergleiche R.H.Weber aaO Rz 4 ff; Ress/Ukrow aaO Rz 6 ff). Eine Richtlinie über den Hypothekarkredit steht noch aus (Kaindl, Die Eurohypothek, NZ 1993, 277 ff; Ress/Ukrow aaO Rz 38). Selbst wenn man unter Heranziehung der bisher vorhandenen Nomenklatur die hypothekarische Sicherstellung einer kreditierten Kaufpreisforderung als Erscheinungsform des Kapitalverkehrs erkennt, bleibt ein Interpretationsspielraum, ob die Bereitstellung hypothekarischer Sicherheiten für derartige Forderungen von der Art der geschuldeten Währung (Eigen- oder Fremdwährung) abhängig gemacht werden darf. Artikel 73, b EGV ordnet zwar die Beseitigung aller direkten und indirekten legislativen, administrativen und sonstigen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehrs an (R.H.Weber aaO Rz 5; Ress/Ukrow aaO Rz 11), und zwar unabhängig von der Art, der Form, der Menge oder dem Wert des Kapitals, das bewegt werden soll (Ress/Ukrow aaO Rz 13), doch blieb nach dem Subsidiaritätsprinzip eine allgemeine, materiellrechtlich nur durch die Liberalisierungsgebote der Artikel 73, b ff EGV eingeeengte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung des Kapitalverkehrs und der Kapitalmärkte bestehen (Ress/Ukrow aaO Rz 1). So sind Beschränkungen zulässig, die notwendig und aus zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt sind, etwa zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Verbraucher. Ausschlaggebend ist letztlich die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes vergleiche R.H.Weber aaO Rz 11 f).

Der Oberste Gerichtshof erachtet sich deshalb verpflichtet, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung über die vorgelegte Frage anzurufen. Auf das Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofes vom 27.5.1997, 5 Ob 160/97h (= WBl 1997, 439 f) mit der gleichen Fragestellung wird hingewiesen.

#### **Anmerkung**

E49955 03A10036

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0030OB01003.96.0415.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19980415\_OGH0002\_0030OB01003\_9600000\_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)