

# TE OGH 1981/3/10 50b302/81

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.03.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Griehsler, Dr. Jensik, Dr. Zehetner und Dr. Klinger als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Herbert K\*\*\*\*\*, vertreten durch DDr. Hans Esterbauer, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei Dr. Hartmut Ramsauer, Rechtsanwalt, Salzburg, Mozartplatz 4, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Gertrude P\*\*\*\*\*, S 96/78 des Landesgerichts Salzburg, wegen 118.944 S sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 20. Oktober 1980, GZ 1 R 147/80-11, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 30. Juni 1980, GZ 12 a Cg 102/80-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 4.199,04 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 311,04 S an USt) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Am 30. 6. 1978 erteilte Gertrude P\*\*\*\*\* im eigenen Namen sowie im Namen ihres Ehegatten Karl P\*\*\*\*\* dem Kläger den Auftrag zur Vermittlung des Verkaufs der ihr und ihrem Ehegatten je zur Hälfte gehörigen Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* . Als Verkaufsprovision wurden 3 % des Verkaufspreises zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart. In der Folge bot der Kläger die Liegenschaft mehrfach zum Kauf an, unter anderem auch mit Schreiben vom 17. 10. 1978 der späteren Käuferin „P\*\*\*\*\*“. Noch vor dem 10. 11. 1978 machte der Kläger auch Gertrude P\*\*\*\*\* gegenüber die spätere Käuferin namhaft. Am 10. 11. 1978 wurde über das Vermögen der Gertrude P\*\*\*\*\* das Ausgleichsverfahren, am 18. 12. 1978 der Anschlusskonkurs eröffnet. Masseverwalter ist der Beklagte. Am 28. 12. 1978 erhielt der Beklagte vom Vertragsverfasser Notar Dr. Seethaler einen Kaufvertragsentwurf, welcher alle wesentlichen Bestandteile eines Kaufvertrags enthielt. Nachdem mit dem Vertragsverfasser verschiedene Termine vereinbart worden waren, fand am 22. 1. 1979 in dessen Kanzlei ein Gespräch statt, an welchem neben den Ehegatten P\*\*\*\*\* und dem von ihrer Seite beigezogenen Rechtsanwalt Dr. Windhager unter anderem auch Vertreter der Käuferin und die Streitteile teilnahmen. Bei diesem Zusammensein erfuhr der Beklagte erstmals von der Vermittlungstätigkeit des Klägers. Wesentlicher Inhalt des damaligen Gesprächs war die Frage einer Leibrente und deren Wertsicherung einschließlich entsprechender Absicherung. Der Kläger erwähnte bei dieser Gelegenheit gegenüber den Ehegatten P\*\*\*\*\* und Rechtsanwalt Dr. Windhager, was denn nun mit seiner Provision sei. Nachdem er durch Vorzeigen des Vermittlungsauftrags die

Behauptung der Gertrude P\*\*\*\*\*, sie habe keinen Auftrag erteilt, widerlegt hatte, entgegnete Dr. Windhager, was der Kläger denn für eine Provision wolle, auch er (Dr. Windhager) arbeite hier „für Gottes Lohn“. Es wurde auch noch davon gesprochen, dass „nichts mehr da“ sei. An den Beklagten richtete der Kläger in dieser Angelegenheit das Wort nicht. Der Beklagte äußerte sich auch zu der Forderung des Klägers nicht. Der Kaufvertrag wurde am 9. 3. 1979 vom Beklagten unterfertigt und in der Folge konkursbehördlich genehmigt. Von der Käuferin wurde die fällige Provision dem Kläger bezahlt.

Mit der am 13. 3. 1980 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Provision von 118.944 S sA. Er brachte vor, der Beklagte habe von seiner Vermittlungstätigkeit noch vor dem Kaufvertragsabschluss, mit dem seine Provision fällig geworden sei, erfahren und dieser Tätigkeit zumindest schlüssig zugestimmt. Bei seiner Provisionsforderung handle es sich um eine Masseforderung.

Der Beklagte beantragte Klageabweisung. Er stellte die Klageforderung der Höhe nach außer Streit, wendete jedoch ein, dass der dem Kläger seitens Gertrude P\*\*\*\*\* erteilte Vermittlungsauftrag durch die Konkurseröffnung erloschen sei, er (Beklagter) die Dienste des Klägers aber nicht bewusst in Anspruch genommen, diesem also keinen schlüssigen Vermittlungsauftrag erteilt habe. Allenfalls bestehe die Provisionsforderung des Klägers als Konkursforderung dritter Klasse zu Recht.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass lediglich zu prüfen sei, ob der Beklagte die Vermittlungstätigkeit des Klägers anerkannt habe. Dies sei zu verneinen; der Beklagte habe sich nämlich zur Provisionsforderung des Klägers überhaupt nicht geäußert. Er habe ihr auch nicht ausdrücklich zu widersprechen brauchen, weil sich der Kläger überhaupt nicht an den Beklagten gewendet habe und weil die Provisionsforderung auch von der Gemeinschuldnerin und deren Rechtsvertreter nicht anerkannt worden sei. Daher könne nicht von einer widerspruchsfreien Annahme der Dienste des Klägers durch den Beklagten gesprochen werden. Die behauptete Forderung sei demnach keine Masseforderung, sondern eine Konkursforderung dritter Klasse.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil. Es führte in rechtlicher Beziehung aus:

Der streitige Rechtsweg sei trotz des anhängigen Konkursverfahrens zulässig, weil der Kläger das Gericht ausschließlich zur Geltendmachung einer von ihm behaupteten Masseforderung angerufen habe, hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs das Begehren des Klägers sowie sein dieses Begehren tragendes Vorbringen in der Klage entscheide und Masseforderungen in der gesehenen Weise während eines Konkursverfahrens geltend zu machen seien.

Dass der Erfolg der Klage davon abhängen würde, ob die streitgegenständliche Provisionsforderung eine Masseforderung sei, werde von keiner Seite bezweifelt. Tatsächlich könne der Masseverwalter im Konkurs hier nur dann wie begehrt zur Zahlung verhalten werden, wenn und soweit sich die Klageforderung als Masseforderung darstelle. Was als Masseforderung zu betrachten ist, sei im § 46 KO erschöpfend geregelt. Der Kläger habe sich hinsichtlich eines einzelnen Tatbestands nach § 46 KO nicht festgelegt. Es sei also allgemein zu prüfen, inwieweit einer der im § 46 Abs 1 KO angeführten Tatbestände verwirklicht sei.

Von Kosten des Anschlusskonkursverfahrens und des vorangegangenen Ausgleichsverfahrens sowie von Auslagen, welche mit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirtschaftung der Masse verbunden sind (§ 46 Abs 1 Z 1 KO), sei nicht zu sprechen. Es gehe um eine Provisionsforderung eines Immobilienmaklers aufgrund eines vor der Ausgleichseröffnung erteilten Vermittlungsauftrags hinsichtlich der Veräußerung eines Hälfteanteils der nachmaligen Gemeinschuldnerin an einer Liegenschaft. Ein Unterstelle des Sachverhalts unter § 46 Abs 1 Z 1 KO komme also nicht in Betracht, wobei dies auch in den Ansätzen von keiner Seite behauptet worden sei.

Einer näheren Erörterung bedürfe demgegenüber § 46 Abs 1 Z 2 KO. Nach dieser Bestimmung seien alle Ansprüche aus Rechtshandlungen des Masseverwalters und, wenn wie hier der Konkurs als Anschlusskonkurs eröffnet worden sei, alle Ansprüche aus Rechtshandlungen des Schuldners oder des für ihn handelnden Ausgleichsverwalters, welche nach den Bestimmungen der Ausgleichsordnung zur Fortführung des Geschäfts gestattet sind, Masseforderungen. Abgesehen vom weiteren Inhalt stelle die zuletzt erwähnte Einschränkung jedenfalls klar, dass nur Rechtshandlungen ab der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens in Betracht kämen. Es müssten weiters Ansprüche „aus“ derartigen Rechtshandlungen sein, sodass nur anspruchsbegründende Rechtshandlungen zählten. Hinsichtlich des Provisionsanspruchs des Immobilienmaklers könnten bei Abgang von Sondervereinbarungen wie hier drei Stufen unterschieden werden: Der (ausdrückliche oder schlüssige) Vermittlungsauftrag schaffe die erste Grundlage. Das

Namhaftmachen des späteren Käufers lasse sodann wegen des „abweichenden Gebrauches“ bei Immobilienmaklern bereits den Provisionsanspruch nach §§ 29, 6 Abs 4 HVG entstehen, wobei der Anspruch durch den Abschluss des betreffenden, in die Wege geleiteten Vertrags (hier Kaufvertrags) aufschiebend bedingt sei. Mit dem Abschluss des Kaufvertrags werde die Provisionsforderung im Allgemeinen fällig. Das Auseinanderhalten von Entstehen und Fälligkeit eines Anspruchs könne in anderen Rechtsbereichen Schwierigkeiten bieten. Insbesondere für den hier maßgeblichen Bereich des Insolvenzrechts bestehe aber eine klare und ausdrückliche Regelung: Noch nicht fällige („betagte“) Forderungen gälten im Insolvenzverfahren als fällig (§ 14 Abs 2 AO, § 14 Abs 2 KO). Aufschiebend bedingte Forderungen hätten im Wesentlichen nur die Besonderheit, dass vorerst nicht Zahlung, sondern Sicherstellung erfolgen solle (§ 16 AO, § 16 KO). Noch nicht von vornherein endgültig bezifferbare Forderungen seien zu schätzen (§ 14 Abs 1 AO, § 14 Abs 1 KO). Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeute dies, dass der behauptete Anspruch des Klägers bereits vor der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens - wenn auch vorerst aufschiebend bedingt - entstanden und im Insolvenzverfahren als bestimmt (Schätzung), fällig und im Sinne von Sicherstellung als unbedingt zu behandeln gewesen sei. Dass vor der Ausgleichseröffnung nicht nur der Vermittlungsauftrag erteilt worden sei, sondern auch die Bekanntgabe der Kaufgelegenheit durch den Kläger gegenüber der späteren Käuferin erfolgt sei, sei schon in erster Instanz unangefochten festgestellt worden. In der mündlichen Berufungsverhandlung hätten die Parteien außer Streit gestellt, dass der Kläger der Auftraggeberin Gertrude P\*\*\*\*\* noch vor der Ausgleichseröffnung die spätere Käuferin namhaft gemacht habe. Damit komme hier aber jeder Gedanke zum Tragen, den der Kläger schon im Schriftwechsel vor dem gegenständlichen Rechtsstreit besonders betont habe, dass nämlich sein Provisionsanspruch bereits mit dieser Bekanntgabe und damit vor der Ausgleichseröffnung entstanden sei. Die Provisionsforderung sei auch insoweit schon vom Vermittlungsauftrag an bestimmbar gewesen, als 3 % des Kaufpreises zuzüglich der Umsatzsteuer zu leisten waren. Der Abschluss des Kaufvertrags erst während des Anschlusskonkursverfahrens habe nur mehr bewirkt, dass die aufschiebende Bedingung tatsächlich eingetreten sei, die Provisionsforderung zufolge Bekanntwerdens des Kaufpreises ziffernmäßig bestimmt worden sei und auch abgesehen von den Sonderregelungen im Insolvenzverfahren Fälligkeit entstanden wäre. Das für den Provisionsanspruch rechtserhebliche Verhalten des Klägers sei also schon vor der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens hinsichtlich des Vermögens der Gertrude P\*\*\*\*\* beendet gewesen. Ab der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens hätten anspruchsbegründende Rechtshandlungen der Ausgleichsschuldnerin sowie des Ausgleichsverwalters und des späteren Masseverwalters iSd § 46 Abs 1 Z 2 KO nicht mehr gesetzt werden können, weil eben in der Sicht des Insolvenzrechts bereits vorher die in Rede stehende Forderung in der oben dargestellten Weise erwachsen sei. Um eine Masseforderung nach § 46 Abs 1 Z 2 KO handle es sich also ebenfalls nicht.

Auch der Tatbestand nach § 46 Abs 1 Z 3 KO liege nicht vor. Dabei würden weithin die bereits zu § 46 Abs 1 Z 2 KO angestellten Erwägungen bedeutsam. Wesen und Art des Immobilienvertrags seien hier nicht weiter zu untersuchen. Es könne im Allgemeinen von einem Vertrag eigener Art gesprochen werden, wobei wegen Fehlens einzelner Tatbestandsmerkmale nicht schlechthin ein Bevollmächtigungsvertrag (§§ 1002 ff ABGB), ein Mäklervvertrag (§§ 93 ff HGB) oder ein Handelsvertretervertrag (§§ 1 ff HVG) vorlägen, wohl aber nach § 29 HVG grundsätzlich einzelne Bestimmungen des Handelsvertretergesetzes, darunter § 6 HVG, anwendbar seien. Ein rechtserhebliches Erlöschen eines von der Gemeinschuldnerin erteilten Auftrags (§ 26 Abs 1 KO; vgl § 1024 ABGB) käme schon deshalb nicht in Betracht, weil die maßgebliche Tätigkeit des Klägers schon vor der Ausgleichseröffnung abgeschlossen gewesen sei. Auch auf die grundsätzliche Regelung des § 21 KO sei nicht weiter einzugehen, weil der Kläger schon vor der Ausgleichseröffnung voll erfüllt und die ihm zuzuordnende Leistung zur Gänze erbracht gehabt habe. Dass der Beklagte vor dem Abschluss des Kaufvertrags von der verdienstlichen Tätigkeit des Klägers erfahren und sich durch den Vertragsabschluss dessen Tätigkeit zunutze gemacht habe, erlange demnach rechtlich keine Bedeutung. Daher entscheide das Vorbringen des Klägers über den Vertragsabschluss nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht. Wohl wäre der Vorgang etwa ab dem 22. 1. 1979 für sich allein betrachtet im Sinne der Rechtsprechung geeignet, eine schlüssige Auftragserteilung durch den Beklagten an den Kläger zu begründen. Dies käme aber nur dann in Betracht, wenn der Kläger nicht ohnedies schon von Gertrude P\*\*\*\*\* vor der Ausgleichseröffnung wirksam und ausdrücklich schriftlich mit der Vermittlung beauftragt worden und ihm nicht bereits der Anspruch auf Provision durch sein Verhalten bis zur Ausgleichseröffnung in der oben dargelegten Weisen entstanden wäre. Das Klagebegehren scheitere ja nicht daran, dass etwa ein Vermittlungsauftrag und ein Provisionsanspruch verneint würden, sondern daran, dass sie rechtlich bereits in der Zeit vor der Ausgleichseröffnung wurzelten und daher keine Masseforderung begründeten. Wenn aber schon eine Ausgleichs- bzw Konkursforderung bestanden habe, sei sie selbst durch ein Anerkenntnis

seitens des Masseverwalters nicht zu einer Masseforderung geworden. Dabei sei nicht zu untersuchen, ob hier Anerkenntnis mehr im insolvenzrechtlichen Sinne gemeint sei und ob nicht ein vom Masseverwalter während des Konkursverfahrens - wohl gegen seinen Aufgabenbereich und Pflichtenkreis - abgeschlossener Anerkenntnisvertrag (konstitutives Anerkenntnis) eine nach § 46 Abs 1 Z 2 KO bedeutsame Rechtshandlung zur Begründung eines neuen, selbständigen Verpflichtungsgrundes sein könnte. Von einem konstitutiven Anerkenntnis des Beklagten im Sinne der Begründung einer Masseforderung dadurch, dass er die Tätigkeit des Klägers zur Kenntnis nahm und sich zum Provisionsbegehren nicht ausdrücklich erklärte, könne nämlich keine Rede sein. Es handle sich auch nicht um einen Eintritt des Masseverwalters in offene Rechtsbeziehungen, weil dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des Insolvenzrechts schon vor dem Ausgleichsverfahren der Provisionsanspruch erwachsen gewesen sei und der Kläger das anspruchsbegründende Verhalten vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hinsichtlich des Vermögens der Auftraggeberin bereits zur Gänze bewerkstelligt gehabt habe.

Dass es nicht um eine Masseforderung nach § 46 Abs 1 Z 4, § 46 Abs 2 KO gehe, liege auf der Hand.

Schließlich sei auch nicht von einer grundlosen Bereicherung der Masse nach § 46 Abs 1 Z 5 KO zu sprechen. Es handle sich vielmehr um einen der häufigen Fälle, in denen im Rahmen einer früher geschlossenen Vereinbarung der Masse die Leistung der Gegenseite voll zugutekam und die andere Seite im Konkurs auf Forderungen außerhalb von Masseforderungen verwiesen ist.

Demnach sei keiner der im § 46 KO angeführten Tatbestände einer Masseforderung verwirklicht.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die auf den Revisionsgrund des § 503 Z 4 ZPO gestützte Revision des Klägers mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der Klage abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht gerechtfertigt.

Der Kläger wendet sich gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, sein Provisionsanspruch sei keine Masseforderung, und führt aus, dieser Anspruch sei erst nach der Konkurseröffnung durch den Kaufvertragsabschluss seitens des Beklagten, der hiezu nicht verpflichtet gewesen wäre, entstanden; unbeschadet dessen sei ihm dadurch, dass sich der Beklagte seine (des Klägers) Vermittlungstätigkeit nach der Konkurseröffnung bewusst zunutze gemacht habe, ein eigenständiger und separater Anspruch gegen die Konkursmasse bzw den Beklagten als Masseverwalter erwachsen.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr dem Berufungsgericht darin beizupflichten, dass der Kläger im Hinblick auf den für den Geschäftszweig der Immobilienmakler bestehenden, von § 6 Abs 4 HVG abweichenden Geschäftsbrauch, wonach die bloße Namhaftmachung des Dritten ohne Entfaltung einer weiteren Vermittlungstätigkeit zur Begründung des Provisionsanspruchs genügt (SZ 25/168; HS 8576, 8582 uva, zuletzt etwa 8 Ob 589/78, 5 Ob 518/80), den Anspruch auf die Provision bereits vor der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens und Anschlusskonkurses dadurch - aufschiebend bedingt durch den späteren Abschluss des Kaufvertrags zwischen der von ihm namhaft gemachten Käuferin und seinen Auftraggebern bzw dem an die Stelle der Gertrude P\*\*\*\*\* getretenen Beklagten - erworben hat, dass er Gertrude P\*\*\*\*\* die nachmalige Käuferin namhaft machte und so alles, was von seiner Seite zum Erwerb des Provisionsanspruchs notwendig war, tat; das Vorliegen eines Alleinvermittlungsauftrags ist dabei nicht erforderlich. Das Berufungsgericht hat aber auch zutreffend erkannt, dass dies zur Beurteilung des Provisionsanspruchs des Klägers als - aufschiebend bedingte (§ 16 KO) - Konkursforderung und nicht als Masseforderung iSd § 46 KO führt (vgl Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, dKO9, 565, RN 2 zu § 67). Dadurch, dass sich der Beklagte durch Abschluss des Kaufvertrags namens der Konkursmasse die Vermittlertätigkeit des Klägers zunutze machte, führte er bloß (nach der Konkurseröffnung) den Eintritt der aufschiebenden Bedingung herbei, unter der der Anspruch des Klägers schon vor der Konkurseröffnung gegenüber dessen Auftraggebern entstanden war; ein selbständiger Anspruch des Klägers gegen den Beklagten, der als Masseforderung zu qualifizieren wäre, wurde dadurch nicht geschaffen, zumal das festgestellte Verhalten des Beklagten - worauf das Berufungsgericht gleichfalls richtig hinwies - nicht als schlüssiges Anerkenntnis der Forderung des Klägers als Masseforderung gewertet werden kann (Bartsch-Pollak3 I 280; SZ 49/36).

Es war daher der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

**Textnummer**

E104839

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1981:0050OB00302.81.0310.000

**Im RIS seit**

20.08.2013

**Zuletzt aktualisiert am**

20.08.2013

**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)