

# TE OGH 2018/3/13 5Ob204/17m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der wohnrechtlichen Außerstreitsache des Antragstellers DI J\*\*\*\*\*, gegen die Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* , darunter der 117. Antragsgegner H\*\*\*\*\* und die 118. Antragsgegnerin A\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Harald Friedl, Rechtsanwalt in Wien, wegen § 52 Abs 1 Z 8 WEG iVm § 23 WEG, über den ordentlichen Revisionsrekurs des 117. Antragsgegners und der 118. Antragsgegnerin sowie der \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Harald Friedl, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Sachbeschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 27. Juni 2017, GZ 19 R 15/17t-17, mit dem der Sachbeschluss des Bezirksgerichts Baden vom 4. Jänner 2017, GZ 9 Msch 12/16z-9, bestätigt wurde, den

Sachbeschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Sachbeschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung lautet: „Der Antrag des Antragstellers, einen vorläufigen Verwalter iSd § 23 WEG zu bestellen, wird abgewiesen.“

Der Antragsteller ist schuldig, dem 117. Antragsgegner, der 118. Antragsgegnerin und der P\*\*\*\*\* GmbH deren mit 637,21 EUR (darin enthalten 80,20 EUR USt und 156 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rekursverfahren und deren mit 810,82 EUR (darin enthalten 96,14 EUR USt und 234 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Mit- und Wohnungseigentümer einer Liegenschaft. Die P\*\*\*\*\* & Dr. \*\*\*\*\* GmbH war ehemals die Verwalterin der Liegenschaft; über deren Vermögen wurde mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 13. August 2010 der Konkurs eröffnet. Der Geschäftsführer der ehemaligen Verwalterin gründete im Jahr 2008 die P\*\*\*\*\* GmbH; diese fungiert seit dem Jahr 2008 de facto als Hausverwalterin der Liegenschaft.

Die Bestellung der P\*\*\*\*\* GmbH zur Verwalterin war Gegenstand eines Beschlussanfechtungsverfahrens nach § 52 Abs 1 Z 4 WEG. In diesem sprach das Rekursgericht (mit seiner Entscheidung vom 27. Dezember 2016) aus, dass dem Versuch der P\*\*\*\*\* GmbH, der P\*\*\*\*\* & Dr. \*\*\*\*\* GmbH als Verwalterin nachzufolgen, gravierende Verstöße gegen die Bestimmungen des WEG betreffend die Willensbildung der Eigentümergemeinschaft zu Grunde gelegen seien. In

der Gesamtschau liege nicht einmal der Anschein eines Beschlusses vor, weshalb die vom Antragsteller vorgenommene – den Gegenstand des Rekursverfahrens bildende – Anfechtung der Verwalterbestellung nach § 52 Abs 1 Z 4 WEG im außerstreitigen Verfahren nicht möglich sei. Die Verwalterbestellung sei vielmehr ab ovo nichtig gewesen.

Mit Antrag vom 19. Juli 2016 beantragte der Antragsteller die Bestellung eines vorläufigen Verwalters. Die P\*\*\*\*\* GmbH habe ungeachtet des Fehlens eines rechtswirksamen Verwaltungsauftrags die rechtswidrigen Handlungen der ehemaligen Verwalterin fortgesetzt. Vor allem im Zusammenhang mit einem laufenden Sanierungskredit und der Wohnbauförderung bedürfe es eines vertretungsberechtigten Verwalters.

Die Antragsgegner traten dem Antrag des Antragstellers nicht entgegen. Die P\*\*\*\*\* GmbH teilte dem Erstgericht hingegen am 18. Oktober 2016 mit, dass eine in der Zwischenzeit durchgeführte neuerliche Abstimmung der Wohnungseigentümer über ihre Bestellung zur Verwalterin eine Zustimmung von 52,7 % ergeben habe.

Das Erstgericht bestellte die Dr. B\*\*\*\*\* GmbH zum vorläufigen Verwalter gemäß § 23 WEG. Nach den dazu getroffenen Feststellungen und der im Vorverfahren ergangenen Rekursentscheidung sei klar, dass die P\*\*\*\*\* GmbH nicht Verwalterin der Liegenschaft sei. Auch der neuerliche Umlaufbeschluss im September/Okttober 2016 über deren Bestellung zur Verwalterin stehe der im berechtigten Interesse der Wohnungseigentümer liegenden Bestellung eines vorläufigen Verwalters nicht entgegen, weil dazu ein Beschlussanfechtungsverfahren anhängig sei.

Das Rekursgericht gab dem vom 117. Antragsgegner, der 118. Antragsgegnerin und der P\*\*\*\*\* GmbH erhobenen Rekurs nicht Folge.

Tatbestandselement der Bestellung eines vorläufigen Verwalters nach § 23 WEG sei das endgültig feststehende Fehlen eines Verwalters. Vor dem Hintergrund der unbekämpft gebliebenen Entscheidung des Rekursgerichts im Vorverfahren sei jedenfalls zum Zeitpunkt der Antragseinbringung kein Verwalter für die Liegenschaft wirksam bestellt gewesen. In der Zwischenzeit sei zwar eine Beschlussfassung über die Bestellung der P\*\*\*\*\* GmbH zur Verwalterin erfolgt. Die rechtzeitige Anfechtung eines solchen Beschlusses der Eigentümergemeinschaft bewirke jedoch eine zeitliche Einschränkung seiner Rechtswirksamkeit bis seine Rechtmäßigkeit im Anfechtungsverfahren evaluiert sei oder aber der ex tunc wirkende Feststellungsausspruch der Unwirksamkeit des Beschlusses in Rechtskraft erwachsen sei. Dies führe zu einem gewissen Widerspruch: Zum einen liege ein endgültiges Fehlen eines Verwalters aufgrund des Beschlusses zur Bestellung eines solchen eigentlich nicht vor. Zum anderen ende die Vertretungsbefugnis des vorläufigen Verwalters aber erst mit der wirksamen Bestellung eines Verwalters durch die Eigentümergemeinschaft, keineswegs schon mit der bloßen Abberufung durch die Mehrheit, sofern nicht gleichzeitig auch ein Verwalter bestellt werde. Dies habe zur Folge, dass die vom Rekurs ins Treffen geführte Beschlussfassung bis zu deren – durch die Anfechtung aufgeschobenen – endgültigen Wirksamkeit zwar keine Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis eines vor Beschlussfassung und damit zu Recht bestellten vorläufigen Verwalters hätte, dessen Bestellung zwischen Fassung und Wirksamkeit des Beschlusses aber nicht zulässig wäre. Das Rekursgericht folge daher der Ansicht von E. M. Hausmann (in Hausmann/Vonkilch 4 § 23 WEG Rz 6a), wonach es der Bestellung eines vorläufigen Verwalters nicht entgegenstehe, wenn die Verwalterbestellung Gegenstand einer Beschlussanfechtung sei. Offensichtlich beruhe die Rechtsprechung zur Verwalterkündigung auf der Erwägung, dass ein paralleles Wirken eines durch noch nicht rechtswirksamen Beschluss der Eigentümer gekündigten Verwalters auf der einen und eines vorläufigen Verwalters auf der anderen Seite zu rechtlichen Problemen führen könnte, die es zu vermeiden gelte. Eine solche temporäre Doppelgleisigkeit träte aber auch dann ein, wenn nach rechtskräftiger Bestellung eines vorläufigen Verwalters ein Verwalter kraft Beschlusses der Eigentümer bestellt und die zugrundeliegende Beschlussfassung angefochten werde. Zwischen der Schwebephase nach Kündigung eines in der Vergangenheit jedenfalls rechtswirksam bestellten Verwalters durch die Eigentümer und jener nach erstmaliger Bestellung – jeweils bis zum Eintritt der Rechtswirksamkeit des (angefochtenen) Beschlusses – bestehe kein solcher Unterschied, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte. Lege man die Ansicht des Obersten Gerichtshofs, bei einer – eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung bildenden – Kündigung des Verwaltervertrags komme es auf die endgültige Bestandskraft des angefochtenen Beschlusses an, auf den vorliegenden Fall um, komme man zum Ergebnis, dass auch hier eine Bestellung eines vorläufigen Verwalters erst mit endgültiger Bestandskraft des Beschlusses der Eigentümer im Bestellungsverfahren ausscheide. Im vorliegenden Fall stünden Erledigungen im Zusammenhang mit Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung an und könne ein langwieriges Anfechtungsverfahren nicht ausgeschlossen werden. Mangels endgültiger Wirksamkeit des Verwalterbestellungsbeschlusses sei die gerichtliche Bestellung eines vorläufigen Verwalters daher zu Recht erfolgt.

Da – sowie überblickbar – keine höchstgerichtliche Judikatur zur Frage vorliege, ob ein vorläufiger Verwalter auch dann bestellt werden könne, wenn bereits eine Beschlussfassung der Eigentümer über die Bestellung eines Verwalters erfolgt, aber noch nicht rechtswirksam sei, sei der ordentliche Revisionsrekurs zuzulassen.

Gegen diese Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der ordentliche Revisionsrekurs des 117. Antragsgegners, der 118. Antragsgegnerin und der P\*\*\*\*\* GmbH.

Der Antragsteller hat sich am Revisionsrekursverfahren nicht beteiligt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig und berechtigt.

1.1 Die in § 833 ABGB geregelte Selbstverwaltung der Miteigentümer ist als Normalfall der Verwaltung konzipiert. Ein Übergang von der Selbst- zur Fremdverwaltung, sowohl was die Beendigung der Selbstverwaltung betrifft als auch die Auswahl der Person des Verwalters, kann von der Mehrheit der Mit- und Wohnungseigentümer beschlossen werden (§ 28 Abs 1 Z 5 WEG). Daneben besteht aber ein Minderheitsrecht jedes Mit- und Wohnungseigentümers, vom Gericht die Entscheidung darüber zu verlangen, dass ein gemeinsamer Verwalter bestellt wird (§ 30 Abs 1 Z 6 WEG). Für die rechtsgestaltende Entscheidung des Außerstreitrichters darüber, ob auf Antrag eines Mit- und Wohnungseigentümers (anstelle der bisherigen Selbstverwaltung) ein Verwalter zu bestellen ist, reicht es nicht (schon) aus, dass noch kein Verwalter bestellt ist. Es muss vielmehr untunlich sein, die Selbstverwaltung beizubehalten. Der antragstellende Wohnungseigentümer hat ein wichtiges Interesse zu behaupten und zu beweisen. Für die Bestellung eines vorläufigen Verwalters müssen – abgesehen vom Nachweis einer konkreten Dringlichkeit – die beschriebenen Voraussetzungen ebenfalls gegeben sein (5 Ob 185/16s; 5 Ob 129/08v = RIS-Justiz RS0105715 [T2 bis T6]).

1.2. Die Bestellung des Verwalters und die Auflösung des Verwaltungsvertrags sind gemäß § 28 Abs 1 Z 5 WEG Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft (RIS-Justiz RS0106051 [T5]). Als Maßnahme der ordentlichen Verwaltung ist der wirksame Beschluss der Eigentümergemeinschaft auf Bestellung eines Verwalters sofort vollziehbar und bewirkt die (vorläufige) Rechtswirksamkeit der Bestellung. Der Bestand des Beschlusses der Eigentümergemeinschaft ist (nur) insoweit

– auflösend (nicht aufschiebend) – bedingt, als er erst bei einem Unterbleiben fristgerechter Anfechtung oder ihrem rechtskräftigen Scheitern endgültig „bestandskräftig“ ist. Mit der feststellenden Entscheidung über die Beschlussanfechtung wird endgültig über die Rechtswirksamkeit des Beschlusses der Eigentümergemeinschaft abgesprochen, und zwar im Fall der Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des Beschlusses mit Wirkung ex tunc (5 Ob 193/17v; 5 Ob 194/16i; 5 Ob 228/09d; RIS-Justiz RS0122765 [T3, T5, T6]; RS0125809).

1.3. Hat die Eigentümergemeinschaft den bestehenden Verwaltungsvertrag aufgelöst und auch einen neuen Verwalter bestellt, muss sich der frühere Verwalter jeder Tätigkeit für das neue Verwaltungsjahr enthalten (5 Ob 194/16i; RIS-Justiz RS0125809). Eine Pflicht des Verwalters, seine Tätigkeit nach § 1025 ABGB fortzusetzen, besteht nur bis zur Bestellung eines neuen Verwalters (RIS-Justiz RS0125756). Das gilt auch während eines Verfahrens auf Anfechtung der Beschlüsse der Eigentümergemeinschaft auf Kündigung des bisherigen Verwalters und Bestellung eines neuen Verwalters. Diese Beschlüsse sind als Maßnahme der ordentlichen Verwaltung sofort vollziehbar und bewirken die (vorläufige) Rechtswirksamkeit der Verwalterkündigung und Neubestellung. Der bisherige Verwalter ist während der Zeit der vorläufigen, „zeitlich eingeschränkten“ Vollziehbarkeit dieser Beschlüsse nicht zur Vertretung der Eigentümergemeinschaft berechtigt (5 Ob 194/16i). Dessen Vertretungsbefugnis endet somit auch durch einen angefochtenen Bestellungsbeschluss. Ist die Anfechtung letztlich erfolgreich, beseitigt dies zwar den angefochteten Beschluss mit Wirkung ex tunc (RIS-Justiz RS0122765 [T3]), ändert aber nichts daran, dass er bis dahin vollziehbar war (5 Ob 193/17v).

2.1. § 30 Abs 1 Z 6 WEG gewährt dem einzelnen Wohnungseigentümer das Recht auf Bestellung eines Verwalters oder vorläufigen Verwalters. Ist kein Verwalter bestellt, so kann sowohl ein Wohnungseigentümer als auch ein Dritter, der ein berechtigtes Interesse an einer wirksamen Vertretung der Eigentümergemeinschaft hat, die gerichtliche Bestellung eines vorläufigen Verwalters beantragen (§ 23 Satz 1 WEG). Die Vertretungsbefugnis des vorläufigen Verwalters endet mit der Bestellung eines Verwalters durch die Gemeinschaft (§ 23 Satz 1 WEG).

2.2. Einziges im Revisionsverfahren strittiges Tatbestandselement der Bestellung eines vorläufigen Verwalters nach § 23 WEG ist das endgültig feststehende Fehlen eines Verwalters (§ 5 Ob 65/09h).

2.3. Wird während des Verfahrens durch Mehrheitsbeschluss ein Verwalter bestellt, so ist der Antrag abzuweisen (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II<sup>23</sup> § 30 WEG Rz 8; Beer/Vospornik in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht<sup>2</sup> § 30 WEG Rz 13). Nach den Feststellungen des Erstgerichts hat die Eigentümergemeinschaft hier nach Einleitung des Verfahrens einen Umlaufbeschluss über die Bestellung der Einschreiterin zur Verwalterin der Liegenschaft gefasst. Dieser Beschluss ist zwar Gegenstand eines Anfechtungsverfahrens, als Maßnahme der ordentlichen Verwaltung aber (vorläufig) rechtswirksam und sofort vollziehbar. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Fassung des erstgerichtlichen Sachbeschlusses lag die Voraussetzung des Fehlens eines Verwalters nicht mehr vor. Daher ist (bereits) dann, wenn während laufendem Verfahren zur Bestellung eines vorläufigen Verwalters ein (neuer) Verwalter bestellt wird, der Antrag auf Bestellung eines vorläufigen Verwalters abzuweisen (vgl LGZ Wien MietSlg 63.476).

3.1. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass

– entgegen E.M. Hausmann (in Hausmann/Vonkilch<sup>4</sup> § 23 WEG Rz 6a) und dem ihr folgenden Rekursgericht – während eines Beschlussanfechtungsverfahrens im Hinblick auf die Bestellung eines Verwalters kein vorläufiger Verwalter gemäß § 23 WEG bestellt werden kann.

3.2. Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu bestehender Rechtsprechung zu vergleichbaren Situationen. Die Annahme des Rekursgerichts, die Bestellung eines Verwalters durch die Eigentümergemeinschaft hätte bis zu deren – durch die Anfechtung aufgeschobenen – endgültigen Wirksamkeit keine Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis eines vor Beschlussfassung und damit zu Recht bestellten vorläufigen Verwalters, trifft nicht zu. Auch ein bereits bestellter vorläufiger Verwalter wäre aufgrund und während der Zeit der vorläufigen Vollziehbarkeit dieses Bestellungsbeschlusses nicht mehr zur Vertretung der Eigentümergemeinschaft berechtigt (vgl 5 Ob 196/05t). Die auf der Entscheidung 5 Ob 69/04i basierende Rechtsprechung, wonach auch während eines Beschlussanfechtungsverfahrens im Hinblick auf die ordentliche Kündigung eines Verwalters kein vorläufiger Verwalter gemäß § 23 WEG bestellt werden kann (zur Kritik an der Begründung dieser Entscheidung vgl Löcker in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 24 WEG Rz 99; Prader, Doppelgleisigkeit bei Verwalterkündigung und Neubestellung, immolex 2007, 326 [328]), liegt nach 5 Ob 65/09h die Überlegung zugrunde, dass vor der negativen Entscheidung über die Anfechtung des Kündigungsbeschlusses das Fehlen eines Verwalters noch nicht „endgültig“ feststehe. Auch in dem hier zu beurteilenden Fall, dass der Bestellungsbeschluss angefochten wird, steht vor einer allfällig positiven Entscheidung über die Beschlussanfechtung nicht endgültig fest, dass ein Verwalter fehlt.

3.3. Dem Revisionsrekurs war daher Folge zu geben. Die Sachbeschlüsse der Vorinstanzen waren dahin abzuändern, dass der Antrag abgewiesen wird.

4. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 37 Abs 3 Z 17 MRG iVm § 52 Abs 2 WEG. Der Antragsteller ist mit seinem Antrag unterlegen, sodass es der Billigkeit entspricht, wenn er den mit ihren Rechtsmitteln erfolgreichen Antragsgegnern ihre Kosten ersetzt. Der Streitgenossenzuschlag für den Rekurs beträgt dabei (nur) 15 %.

#### **Textnummer**

E121422

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

ECLI:AT:OGH0002:2018:0050OB00204.17M.0313.000

#### **Im RIS seit**

27.05.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.04.2019

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>