

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

19.01.2010

**Geschäftszahl**

5Ob254/09b

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Hurch und Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Höllwerth und Dr. Roch als weitere Richter in der wohnrechtlichen Außerstreitsache der Antragstellerin Eigentümergemeinschaft der Liegenschaft \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Guido Zorn, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Antragsgegnerin \*\*\*\*\* D\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Hahmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen § 52 Abs 1 Z 6 WEG iVm § 31 Abs 3 WEG, über den Revisionsrekurs der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 4. August 2009, GZ 39 R 71/09v-74, womit infolge Rekurses der Antragsgegnerin der Sachbeschluss des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 12. Dezember 2008, GZ 10 Msch 1/08a-68, teilweise aufgehoben wurde, nachstehenden

Sachbeschluss

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird in seinem Punkt 2) aufgehoben und in der Sache selbst dahin entschieden, dass der Sachbeschluss des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin die mit 1.188,97 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 185,69 EUR USt und 74,80 EUR Barauslagen), die mit 309,69 EUR bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung (darin 51,61 EUR USt) und die mit 742,27 EUR bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung (darin 123,71 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

**Text****Begründung:**

Die Antragsgegnerin war bis zum 31. 12. 2002 Verwalterin der im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaft \*\*\*\*\*.

Mit 1. 1. 2003 wurde die S\*\*\*\*\* GmbH zur neuen Verwalterin bestellt, die auch die Verwaltungstätigkeit aufnahm.

Per 31. 12. 2002 betrug die Rücklage der Antragstellerin 9.189,82 EUR, dies laut Abrechnung der Antragsgegnerin und unter Abzug eines nicht berechtigten Kostenaufwandes von 3.185,07 EUR aus dem Verfahren 11 Cg 6/04a des Handelsgerichts Wien, womit die Antragsgegnerin zu Unrecht das Instandhaltungskonto belastet hatte.

Auch nach dem 31. 12. 2002 entfaltete die Antragsgegnerin trotz Auflösung des Verwaltungsvertrags Verwaltungstätigkeiten, nahm Zahlungen entgegen und tätigte Zahlungen, deren Höhe nicht feststeht.

Mit Mahnklage, die in den verfahrenseinleitenden Antrag nach § 31 Abs 3 WEG umgedeutet wurde, begehrte die Antragstellerin die Bezahlung von 9.189,92 EUR samt 4 % Zinsen ab Klagstag. Dieser Betrag hafte an offenen Rücklagenbeträgen aus. Zu Unrecht habe die Beklagte ihr entstandene Nebengebühren und Kosten aus einem Verfahren vor dem HG Wien, in dem sie gegenüber der nunmehrigen Antragstellerin unterlegen sei, vom Instandhaltungsfonds abgezogen. Diese Buchung sei rechtswidrig erfolgt. Darüber hinaus begehrte die Antragstellerin von der Antragsgegnerin 4.119,15 EUR an zu viel bezahlten Hausbewirtschaftungskosten. Dieses Begehren ist, weil rechtskräftig erledigt, nicht mehr Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens.

Die Antragsgegnerin bestritt das Begehren und beantragte dessen Abweisung. Die Höhe des Investitionsfonds per 31. 12. 2003 betrage 6.004,85 EUR. Ihr stünden allerdings erhebliche Gegenforderungen gegen die Antragstellerin zu, die dem Antragsbegehren bis zu dessen Höhe aufrechnungsweise entgegeng gehalten würden. Nach formeller Beendigung der Verwaltungstätigkeit mit 31. 12. 2002 habe die Antragsgegnerin noch erhebliche Leistungen erbracht und sei für aufgelaufene Betriebskosten in Vorlage getreten. Bei diesen Aufwendungen handle es sich um Hausbewirtschaftungskosten inklusive Verwaltungshonorar, die von der Antragstellerin zu tragen gewesen wären, im Ausmaß von 12.104,41 EUR. Damit bestehe jedenfalls kein Überschuss aus einer Rücklage mehr, der der Eigentümergemeinschaft herauszugeben wäre. Das habe zur Antragsabweisung zu führen.

Die Antragstellerin wendete sich gegen die Zulässigkeit des Einwands einer Gegenforderung gegen ihre Ansprüche auf Zahlung des Rücklagenüberschusses. Die Rücklage stelle gemäß § 1440 ABGB ein Sondervermögen der Antragstellerin dar, das sich in Verwahrung der Antragsgegnerin befinde. Eine Aufrechnung komme daher nicht in Betracht. Überdies hätten sich die Gegenforderungen der Antragsgegnerin nicht an die Antragstellerin zu richten, legitimiert hierfür seien die einzelnen Miteigentümer der Liegenschaft. Der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Betrag an aushaftenden Hausbewirtschaftungskosten betreffe ausschließlich einen bestimmten Wohnungseigentümer.

Soweit für das Revisionsrekursverfahren noch von Bedeutung, stellte das Erstgericht die Forderung der Antragstellerin mit 9.189,92 EUR zu Recht bestehend fest, wies die Gegenforderung zurück und verpflichtete die Antragsgegnerin, der Antragstellerin zu Händen der neuen Hausverwaltung den Betrag von 9.189,92 EUR samt 4 % Zinsen ab 1. 1. 2004 zu bezahlen. Die Zurückweisung des weiteren Antragsbegehrens in Höhe von 4.119,15 EUR sA ist - wie bereits ausgeführt - zufolge Rechtskraft nicht mehr Gegenstand des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof.

In rechtlicher Hinsicht ergebe sich die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Zahlung des Rücklagenbetrags aus § 31 Abs 3 WEG.

Die Aufrechnungseinrede der Antragsgegnerin sei mangels Zulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen. Die Antragsgegnerin mache Forderungen gegen die Antragstellerin geltend, die nach Auflösung des Verwaltungsvertrags entstanden seien, ihr allenfalls aus dem Titel eines Verwendungsanspruchs zustünden und darüber hinaus, wie die Forderung nach Bezahlung eines Verwalterhonorars für das Jahr 2003 unberechtigt seien.

Im Weiteren führte das Erstgericht aus, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur Vorlage einer Verwaltungsschlussrechnung und Abrechnung und Herausgabe des Überschusses nicht rechtzeitig nachgekommen sei.

Eine Berechtigung des Verwalters, Beiträge für Liegenschaftsaufwendungen, mit denen er in Vorlage getreten sei, der Rücklage zu entnehmen, bestehe jedenfalls nur solange der Verwaltungsvertrag aufrecht sei. Nach Beendigung seiner Organstellung sei der Verwalter nicht mehr befugt, über die Rücklage zu verfügen, und müsse diese nur noch an die Eigentümergemeinschaft herausgeben. Umso mehr müsse das für Auslagen gelten, die erst nach Auflösung des Verwaltungsvertrags getätigt worden seien. Eine Fortsetzungspflicht der Tätigkeit des Verwalters habe nach § 1025 ABGB jedenfalls nur bis zur Bestellung des neuen Verwalters bestanden, ab dann hätte sich die Antragsgegnerin jeglicher Tätigkeit zu enthalten gehabt.

Im Weiteren meinte das Erstgericht, dass es der Aufrechnung an der Gegenseitigkeit der Forderungen mangle, weil Schuldner der dem Verwalter zustehenden Forderung einzelne Miteigentümer seien, während Gläubiger des aufrechnenden Verwalters die Eigentümergemeinschaft sei.

Dem dagegen erhobenen Rekurs der Antragsgegnerin gab das Rekursgericht Folge, hob den erstinstanzlichen Sachbeschluss im Umfang des Zuspruchs von 9.189,92 EUR sA auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

Seit der Neufassung des § 16 Abs 1 WEG 1975 durch das 3. WÄG bestehe keine ausdrückliche Zweckwidmung der Rücklage mehr, woran sich auch durch das Inkrafttreten des WEG 2002 nichts geändert habe. Es entspreche seither ständiger Rechtsprechung, dass die Verwendung der Rücklage für alle Arten von Liegenschaftsaufwendungen, die den Rahmen der alltäglichen Finanzgebarung eines Wohnungseigentumsverwalters sprengen, gedeckt sei. Dazu gehöre auch die Überbrückung größerer Finanzierungslücken bei der Abdeckung von Bewirtschaftungskosten der Liegenschaft, wie sie etwa durch Beitragsschulden einzelner illiquider Mit- und Wohnungseigentümer entstünden (5 Ob 367/97z; 5 Ob 273/02m = MietSlg 54.479; RIS-Justiz RS0108664). Bei Beendigung des Verwaltungsvertrags habe der Verwalter den Überschuss an den neuen Verwalter herauszugeben (§ 31 Abs 3 WEG). Unter „Überschuss“ sei jener Betrag zu verstehen, der von den Einzahlungen der Miteigentümer nach Abzug der Aufwendungen für die Liegenschaft vorhanden sein müsse, vermehrt um die aus der fruchtbringenden Veranlagung erzielten Zinsen. Dem Gesetz sei nicht zu entnehmen, dass die Aufwendungen, die der vormalige Verwalter in Abzug bringen dürfe, vor formeller Beendigung des Verwaltungsvertrags getätigt werden müssten.

Dazu komme noch im vorliegenden Fall, dass versucht worden sei, die neu bestellte Verwalterin wieder abzubestellen und sich die Antragsgegnerin erst mit Vergleich vom 15. 9. 2003 gegenüber der Antragstellerin verpflichtet habe, die Verfügungsberechtigung über den Instandhaltungsfonds zu übertragen und die noch

fehlenden Abrechnungen des Instandhaltungsfonds zu legen. Daraus sei ersichtlich, dass der Stichtag 31. 12. 2002 für die Frage, welche Aufwendungen die Antragsgegnerin von der Rücklage in Abzug bringen dürfe, nicht maßgeblich sei.

Das Rekursgericht vertrat weiters die Ansicht, dass durch § 52 Abs 1 Z 6 WEG die Durchsetzung aller den Wohnungseigentumsverwalter typischerweise treffenden Pflichten in das außerstreitige Verfahren verwiesen sei. Es wäre nicht sachgerecht, in Fällen wie dem gegenständlichen, wo der Verwalter nach Beendigung des Verwaltungsvertrags faktisch noch weitere Verwaltungshandlungen gesetzt habe, dem vormaligen Verwalter die Möglichkeit zu nehmen, seine Aufwendungen von der Rücklage in Abzug zu bringen bzw zumindest als Gegenforderung in einem Verfahren auf Ausfolgung des Überschusses einzuwenden.

Es sei daher nicht auf das formelle Ende der Hausverwaltung, hier die Kündigung des Hausverwaltungsvertrags, abzustellen, wenn ein Hausverwalter nach diesem Zeitpunkt ohne Mandat Verwaltungshandlungen getätigt habe und Aufwendungen für die Liegenschaft gemacht habe. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass sowohl nach dem Vorbringen der Antragstellerin als auch der Außerstreitstellung durch die Antragsgegnerin die Hausverwaltertätigkeit per 31. 12. 2002 geendet habe. Fest stehe nämlich, dass es dadurch nur formell zur Beendigung gekommen sei, jedoch weiterhin Verwaltungshandlungen erbracht worden seien.

Das Rekursgericht trug - ausgehend von dieser Rechtsansicht - dem Erstgericht auf, im fortgesetzten Verfahren festzustellen, welche Leistungen die Antragsgegnerin nach dem 31. 12. 2002 im Rahmen ihrer faktischen Hausverwaltungstätigkeit für die Antragstellerin noch erbracht habe.

Entgegen ihrer Rechtsansicht stehe der Antragsgegnerin aber keinesfalls ein Verwaltungshonorar für nach dem 31. 12. 2002 erbrachte Verwaltungstätigkeit zu. Vielmehr hätte die Antragsgegnerin sämtliche Zahlungseingänge und Zahlungsaufforderungen nach dem 31. 12. 2002 der neuen Verwalterin übermitteln müssen. Es sei bereits ausgesprochen worden, dass ein Verwalter, der ohne wirksame Abberufung parallel zum neu bestellten Verwalter Tätigkeiten entfalte, in analoger Anwendung der Anrechnungsvorschrift des § 1168 ABGB Ansprüche auf Verwaltungshonorar geltend machen könne (vgl 5 Ob 207/06m = MietSlg 59.419).

In Anbetracht der Beendigung der Verwaltung der Antragsgegnerin durch Kündigung des Verwaltungsvertrags seien diese Grundsätze hier jedoch nicht anzuwenden.

Das Rekursgericht erklärte den Revisionsrekurs gegen den Aufhebungsbeschluss für zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob ein abberufener Verwalter nach formeller Beendigung des Verwaltungsvertrags von der abzurechnenden Rücklage noch später getätigte Aufwendungen in Abzug bringen dürfe. Weiters sei ungeklärt, ob einem „faktischen“ Verwalter für Tätigkeiten nach Kündigung seines Verwaltungsvertrags noch ein - wenngleich gemindertes - Entgelt zustehe.

Gegen diesen Aufhebungsbeschluss richtet sich der Revisionsrekurs der Antragsgegnerin mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Entscheidung in der Sache selbst im Sinne einer Abweisung des verfahrenseinleitenden Antrags. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag an das Erstgericht, in eventu an das Rekursgericht, gestellt.

Die Antragstellerin beantragte, den Revisionsrekurs zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

## Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht bezeichneten Grund zulässig. Im Ergebnis führt das unter Anwendung des § 70 Abs 2 AußStrG zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Sachbeschlusses. Der nach Ansicht des Rekursgerichts noch zu klärende Sachverhalt ist nämlich aus nachstehenden Erwägungen nicht entscheidungsrelevant, weshalb sofort in der Sache selbst zu entscheiden ist:

### 1. Zur prozessualen Unzulässigkeit der Aufrechnungseinrede:

Die von der Antragsgegnerin als Gegenforderung eingewendeten Ansprüche auf Aufwendersatz im Sinn des § 1014 ABGB bzw §§ 1036 ff ABGB (vgl RIS-Justiz RS0019729; RS0019517; RS0110934) und auf Abgeltung der (faktischen) Verwaltertätigkeit sind weder ausdrücklich noch schlüssig ins Außerstreitverfahren nach § 52 WEG verwiesen. Gegenstand eines Verfahrens nach § 52 Abs 1 Z 6 WEG ist die Durchsetzung der Pflichten des Verwalters, hier in Verbindung mit § 31 Abs 3 WEG auf Herausgabe des Überschusses der Rücklage an den neuen Verwalter. Ansprüche des Verwalters gegen die Eigentümergemeinschaft sind als solche entweder Gegenstand der Richtigkeitsprüfung einer Abrechnung oder gesondert im Klagsweg geltend zu machen. Eine prozessuale Aufrechnung von nicht im konkreten Verfahren zu entscheidenden Gegenforderungen ist im Außerstreitverfahren unzulässig (RIS-Justiz RS0006058; RS0033861). Eine solche Aufrechnungseinrede ist mit Beschluss zurückzuweisen, wenn ihrer Berücksichtigung verfahrensrechtliche Gründe entgegenstehen (3 Ob 26/98i = JBl 2000, 511; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO3 § 392 Rz 13). Das gilt auch im besonderen Außerstreitverfahren nach § 37 MRG iVm § 52 WEG.

2. Das Rekursgericht hat die Aufrechnung als Schuldtilgungseinwand verstanden, wenn es damit argumentierte, nach § 16 Abs 3 WEG habe der Verwalter nur den „Überschuss“ herauszugeben, also jenen Betrag, der von den Zahlungen der Miteigentümer nach Abzug der Aufwendungen vorhanden sein müsse.

Tatsächlich ist in einem Verfahren nach § 31 Abs 3 WEG wegen Herausgabe des Rücklagenüberschusses Voraussetzung für die Erlassung eines exekutionsfähigen Herausgabebeschlusses, dass die Abrechnung Feststellungen über die Zahlungspflicht hinsichtlich des konkreten Überschusses zulässt (vgl 5 Ob 93/98g; 5 Ob 220/03v; 5 Ob 257/06i; zuletzt 5 Ob 175/09k). Zur Feststellung des „Überschusses“ ist also die Ermittlung jenes Betrags Voraussetzung, der von den Zahlungen der Miteigentümer nach Abzug der Aufwendungen für die Liegenschaft vorhanden sein muss (RIS-Justiz RS0110525). In diesem Zusammenhang wären also Fragen berechtigter Abzüge für Aufwendungen aus der Rücklage als Vorfrage zu beantworten (vgl RIS-Justiz RS0083407).

3. Der Anspruch der Eigentümergemeinschaft nach § 31 Abs 3 WEG auf Legung der Schlussrechnung über die Rücklage und Herausgabe des Überschusses an den neuen Verwalter ist vom individuellen Anspruch jedes Wohnungseigentümers auf Legung einer ordnungsgemäßen und richtigen Verwaltungsabrechnung nach § 20 Abs 3 WEG streng zu unterscheiden (5 Ob 268/08k). Die Rücklage wird durch Beiträge der Wohnungseigentümer im Sinn des § 31 Abs 1 WEG dotiert. Zu den Aufgaben des Verwalters gehört neben der Vorsorge für ausreichende Vorauszahlungen auf die Bewirtschaftungskosten auch die Sorge für die Bildung einer angemessenen Rücklage. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass beide, sowohl die Aufwendungen für die Liegenschaft als auch die Beiträge zur Rücklage, nach den Grundsätzen des § 32 WEG einzuheben sind und beide gebundenes Vermögen und Eigentum der Eigentümergemeinschaft darstellen (vgl 5 Ob 185/07b mwN).

Seit der Neufassung des § 16 Abs 1 WEG durch das 3. WÄG besteht keine ausdrückliche Zweckwidmung der Rücklage mehr, weshalb es ständiger Rechtsprechung entspricht, dass die Verwendung der Rücklage für alle Arten von Liegenschaftsaufwendungen, die den Rahmen der alltäglichen Finanzgebarung eines Wohnungseigentumsverwalters sprengen, jedenfalls gedeckt ist. Dazu gehört auch die Überbrückung größerer Finanzierungslücken bei der Abdeckung von Bewirtschaftungskosten der Liegenschaft, wie sie durch Beitragsschulden einzelner Mit- und Wohnungseigentümer entstehen (vgl 5 Ob 273/02m; RIS-Justiz RS0108664).

Ob die von der Antragsgegnerin dem Begehren der Antragstellerin auf Zahlung des Rücklagenüberschusses von 9.189,92 EUR entgegengehaltenen Aufwendungen für Hausbewirtschaftungskosten nach diesen Grundsätzen abzugsfähige Positionen einer Rücklagenabrechnung sind und in welcher Höhe sie getätigt wurden, kann aber aus nachfolgenden Erwägungen auf sich beruhen:

Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien erfolgte die Kündigung der Antragsgegnerin als Verwalterin per 31. 12. 2002. Dass die Wirksamkeit der Kündigung erst zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten wäre, hat nicht einmal die Antragsgegnerin behauptet. Eine Fortsetzungspflicht der Tätigkeit eines Verwalters besteht zufolge § 1025 ABGB jedenfalls nur bis zur Bestellung eines neuen Verwalters, ab dann hat er sich jeglicher Tätigkeit zu enthalten. Dass die Bestellung der neuen Hausverwalterin nicht rechtswirksam zustandegekommen wäre, ist den maßgeblichen Feststellungen nicht zu entnehmen. Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts bietet die Feststellung, dass sich die Antragsgegnerin in einem gerichtlichen Vergleich erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Unterlassung weiterer Verwaltungshandlungen und zur Abrechnung verpflichtet hat, keinen Anhaltspunkt dafür, zugrunde zu legen, dass diese Verpflichtungen nicht bereits im Zeitpunkt der Beendigung der Verwaltung bestanden haben, wie das den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen der §§ 21 und 31 Abs 3 WEG sowie § 1025 ABGB zu entnehmen ist.

Damit stellt sich die Tätigkeit der Antragsgegnerin im Jahr 2003 als eine vertraglich nicht gedeckte dar und ist somit unter dem Aspekt der Geschäftsführung ohne Auftrag zu qualifizieren. Hier muss nicht entschieden werden, um welche Art der Geschäftsführung der Antragsgegnerin es sich diesfalls handelte, was vor allem für die Frage eines Honoraranspruchs der Antragsgegnerin von Bedeutung wäre. Die Entscheidung 5 Ob 207/06m ist insofern nicht einschlägig, als dort ein Geschäftsbesorgungsverhältnis zugrundegelegt wurde.

4. Aufwendungen der Antragsgegnerin für die nicht mehr von ihr verwaltete Liegenschaft erfolgten jedenfalls nicht mehr als Aufwand im Rahmen der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft, weshalb sie im Rahmen einer Rücklagenabrechnung zum Zeitpunkt der Beendigung des Verwaltungsverhältnisses nicht „gegenverrechnet“ werden können. Sie mindern daher den der Eigentümergemeinschaft herauszugebenden Rücklagenüberschuss nicht.

Es ist daher dahin zusammenzufassen, dass die Verwendung einer Rücklage für Liegenschaftsaufwendungen eines Dritten, der nicht (mehr) Verwalter der Liegenschaft ist, gesetzlich nicht gedeckt ist. Damit vermindert sich der der Antragstellerin zustehende Rücklagenbetrag per 31. 12. 2002 nicht um jene Aufwendungen, die die Antragsgegnerin nach diesem Zeitpunkt getätigt hat, mögen sie auch für die Antragstellerin nützlich gewesen sein.

Für deren Geltendmachung steht der außerstreitige Rechtsweg mangels Verweisung in § 52 Abs 1 WEG auch nicht zur Verfügung.

5. Damit ist die Sache aber bereits zur Entscheidung reif, sodass der Oberste Gerichtshof gemäß § 70 Abs 2 AußStrG in der Sache selbst entscheiden kann. Weil in einem solchen Fall eine reformatio in peius möglich ist (vgl 2 Ob 1/08y; 2 Ob 39/08m), war der Aufhebungsbeschluss des Rekursgerichts zu beseitigen und die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.

Dabei musste - entsprechend dem Vorbehalt der Kostenentscheidung durch das Rekursgericht - eine Entscheidung auch über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgen.

Die Kostenentscheidung gründet sich insgesamt auf § 37 Abs 3 Z 17 MRG iVm § 52 Abs 2 WEG. Der Kostenentscheidung wurde dabei eine Bemessungsgrundlage von 2.500 EUR (§ 10 Z 3 lit b/bb erster Fall RATG) als ersiegt Begehren zugrundegelegt.