

ZH_OBERGERICHT PF180036 vom 19. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF180036

FR: ZH_OBERGERICHT PF180036 du 19 novembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT PF180036 del 19 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Bei den Parteien handelt es sich um die Eigentümer der Grundstücke Kat.- Nr. ...-... der Überbauung "AB._____" an der AC._____-Strasse ...-... in AD._____ und Miteigentümer des Grundstücks Kat-Nr. ... sowie der darauf befindlichen sowie weiterer Gemeinschaftsanlagen (z.B. Universalgarage mit Zufahrt, Besucherparkplätze, Kinderspielplätze, Schwimmbad, Energiezentrale, Gemeinschaftsraum etc., vgl. act. 2/2 S. 1 Ziff. I.1). Die Miteigentümergeinschaft hat sich eine eigene Nutzungs- und Verwaltungsordnung gegeben, in deren Schlussbestimmungen festgehalten ist, dass die Vorschriften des ZGB über das Miteigentum (Art. 647 ff. ZGB) und analog die Vorschriften über das Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) gelten, soweit die Nutzungs- und Verwaltungsordnung nichts anderes bestimmt. Sodann ist in der Verwaltungsordnung unter Ziff. IV.4. Folgendes festgehalten (act. 2/2, insb. S. 7 Ziff. IV.4. u. V.1.): "...

E. 1.2

Mit Eingabe vom 21. April 2017 gelangten A._____ und B._____ (Gesuchsteller und Beschwerdeführer 1 und 2, fortan Beschwerdeführer) mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (vgl. act. 1 S. 4) an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz). Nach Erstattung der Gesuchsantwort (act. 13) und Stellungnahme zu den Noven (act. 29) sowie einer Stellungnahme zur Frage des Parteiwechsels infolge Veräusserung eines Miteigentumsanteils vom 29. März 2018 (act. 45) verfügte die Vorinstanz am 12. Juli 2018 das oben Wiedergegebene und trat damit auf das Gesuch mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein.

E. 1.3

Dagegen erhoben die Beschwerdeführer am 27. Juli 2018 rechtzeitig Beschwerde und stellten die eingangs genannten Anträge (act. 57, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 50/2). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-54). Mit Verfügung vom 17. August 2018 wurde ein Kostenvorschuss einverlangt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 59). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 61). Mit Verfügung vom 27. August 2018 (act. 62) wurde Frist zur schriftlichen Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Die Beschwerdegegner 18 und 20 liessen sich in der Folge nicht vernehmen. Die Beschwerdegegner 1-17, 19 und 21-22 (fortan Beschwerdegegner) reichten innert Frist am 10. September 2018 (Datum Poststempel) ihre Beschwerdeantwort ein, welche Noven zur Frage des Rechtsschutzinteresses enthielt (act. 64). Mit Verfügung vom 18. September 2018 wurde die Beschwerdeantwort den Beschwerdeführern zugestellt

und es wurde ihnen Frist angesetzt, um zu den Noven Stellung zu

- 6 - nehmen (act. 66). Die Stellungnahme ging innert Frist ein (act. 68). Das Verfahren ist spruchreif. Zusammen mit dem Entscheid ist den Beschwerdegegnern ein Doppel von act. 68 zuzustellen. 2. Prozessuale Vorbemerkungen 2.1 Mit der Beschwerde können nicht berufungsfähige erstinstanzliche Entscheide angefochten werden. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind dies solche, deren Streitwert nicht mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 308 Abs. 1 lit. a u. Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 9'000.– aus und belehrte entsprechend als Rechtsmittel die Beschwerde. Dem ist, wie nachfolgend unter E. 5.2. noch zu zeigen sein wird, zu folgen und das von den Beschwerdeführern erhobene Rechtsmittel ist als Beschwerde entgegenzunehmen. (Für die Kognition der Rechtsmittelinstanz spielt es hier keine Rolle, weil keine Beweiswürdigung zu überprüfen ist – Art. 310 und Art. 320 und 320 ZPO). 2.2 Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Obliegenheit zur Begründung ergibt sich ferner, dass die Beschwerde (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Bei der Begründung ihres Entscheids hat sich die Beschwerdeinstanz auf die wesentlichen Überlegungen zu konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und ist weder an die Begründung der Beschwerde noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. 3. Rechtsschutzinteresse 3.1 Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Diese sind vom Amtes wegen zu prüfen (Art. 59 Abs. 1, Art. 60 ZPO). Für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen ist, von

- 7 - Ausnahmen abgesehen, der Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils massgebend (ZK ZPO-ZÜRCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 60 N 10 ff.). Art. 59 Abs. 1 ZPO erfasst auch die durch die ZPO geregelten Rechtsmittel- und Rechtsbehelfsverfahren (BK ZPO-ZINGG, 2012, Art. 59 N 24). Für die Rechtsmittelvoraussetzungen ist daher der Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides massgebend. Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO gehört zu den Prozessvoraussetzungen, dass die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat. Gemeint ist damit, dass sich eine Gutheissung des Begehrens positiv auf die rechtliche Situation des Klägers resp. Gesuchstellers auswirkt und damit ein hinreichendes Interesse für die Beurteilung besteht. Für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist erforderlich, dass die Partei beschwert ist. Entfällt das Rechtsschutzinteresse, ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben; fehlt das Interesse bereits bei Einreichung, so wird nicht eingetreten (BGE 136 III 497, E. 2.1; BK ZPO-ZINGG, a.a.O., Art. 59 N 32 ff. u. Art. 60 N 53; MÜLLER, DIKE Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 59 N 22). Hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen zu prüfen, ob aufgrund der Gegebenheiten die Voraussetzungen gegeben sind, kann das in der Sache grundsätzlich geltende Novenverbot diesbezüglich keine Gültigkeit beanspruchen – relevante Noven zur Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses sind folglich zu beachten (vgl. OGer ZH RV120005 vom 14. März 2013, E. 1.4, m.w.H.). 3.2 Im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort machten die Beschwerdegegner geltend, es fehle hier seitens der Beschwerdeführer zwischenzeitlich an einem Rechtsschutzinteresse. So hätten die Beschwerdeführer zum

einen lediglich den Beschluss der Miteigentümerversammlung vom 21. März 2017 angefochten, mit welchem die Verwaltung für das Geschäftsjahr 2017/2018 bestätigt worden sei. Der Beschluss vom 20. März 2018, mit welchem die Bestätigung der Wahl der Verwaltung für das Geschäftsjahr 2018/2019 erfolgt sei, sei hingegen unangefochten geblieben. Zum andern hätten aber zwischenzeitlich auch beide Verwalter ihr jeweiliges Verwaltungsmandat per Ende des laufenden Geschäftsjahres abgegeben. In diesem Sinne fehle es zum heutigen Zeitpunkt vollständig an einem Rechtsschutzinteresse (act. 64 Rz. 9 ff.). Zum Beleg ihrer Ausführungen reichen

- 8 - die Beschwerdeführer das Protokoll der Miteigentümerversammlung vom 20. März 2018 (act. 65/1) sowie die E-Mail-Nachrichten von den Verwaltern und Beschwerdegegnern 4 und 22, AA._____ und F._____, ein, in welchen diese jeweils erklären, ihre Ämter als Verwalter zu kündigen und ihre Mandate auf die kommende Eigentümerversammlung vom 20. März 2019 zur Verfügung zu stellen (act. 65/2–3). 3.3 Die Einwände der Beschwerdegegner gegen das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses überzeugen nicht. So wäre – wie dies auch die Beschwerdeführer in ihrer Stellungnahme ausführen (vgl. act. 68 Rz. 7 ff.) – im Falle, dass das Begehren der Beschwerdeführer gutgeheissen und die Verwaltung abberufen würde, in hohem Masse zweifelhaft, ob der Beschluss der Miteigentümerversammlung vom 20. März 2018 noch Gültigkeit hätte. Zum einen ergibt sich bereits aus dem entsprechenden Protokoll der Eigentümerversammlung, dass die gefassten Beschlüsse provisorischen Charakter haben und folglich auch die Wahl der Verwalter vorbehaltlich des – zu diesem Zeitpunkt noch ausstehenden – Entscheids des Gerichts erfolgt ist (vgl. act. 65/1 S. 1 u. S. 3 Ziff. 5), was den Schluss nahe legt, dass auch nach Ansicht der Beschwerdegegner je nach Ausgang des gerichtlichen Verfahrens auf den Entscheid zurückzukommen wäre. Zum andern räumen aber die Beschwerdegegner selbst in ihrer Beschwerdeantwort ein, es sei "schon klar", dass es rechtlich wohl kaum möglich wäre, im Falle der Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdeführer gleich im folgenden Jahr wieder die soeben abberufene Verwaltung einzusetzen (vgl. act. 64 Rz. 13). Den Beschwerdeführern ist sodann im Weiteren zuzustimmen, dass das Rechtsschutzinteresse auch aufgrund der Kündigungen der aktuellen Verwalter nicht weggefallen sein kann, weil diese sich zumindest zum heutigen Zeitpunkt nach wie vor im Amt befinden (vgl. act. 68 Rz. 15 f). Die für die nächste Eigentümerversammlung in Aussicht gestellte Niederlegung des Mandats hat noch nicht stattgefunden, und es kann tatsächlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Verwalter sich allenfalls noch umentscheiden oder zu einem späteren Zeitpunkt wieder zur Wahl stellen.

- 9 - 3.4 In diesem Sinne ist ein Rechtsschutzinteresse nach wie vor als gegeben anzusehen.

E. 4

Sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz

E. 4.1

Entscheid der Vorinstanz und Standpunkte der Parteien:

E. 4.1.1

Die Vorinstanz erwog, auf das vorliegende Verhältnis fänden die Bestimmungen über das gewöhnliche Miteigentum (Art. 646–651 ZGB) Anwendung. Bei der Abberufung des Verwalters gemäss Art. 712r Abs. 2 ZGB handle es sich um einen spezifisch

stockwerkeigentumsrechtlichen Beendigungsgrund des Verwaltungsverhältnisses. Stockwerkeigentum und Miteigentum dürften – obwohl Erstes auf Letzterem aufbaue – nicht gleichgesetzt werden, sei doch das Stockwerkeigentum auch gesondert gesetzlich geregelt. Gemäss § 24 lit. c GOG entscheide das Einzelgericht erstinstanzlich über Angelegenheiten des summarischen Verfahrens, welche keiner anderen Instanz zugewiesen seien. Insbesondere finde das summarische Verfahren Anwendung für die Ernennung und Abberufung des Verwalters beim Stockwerkeigentum (Art. 712q u. 712r ZGB). Beim Miteigentum sei das summarische Verfahren gestützt auf Art. 249 lit. d Ziff. 1 ZPO für Massnahmen zur Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache – sog. notwendige Verwaltungshandlungen, Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB – anzuwenden. In Bezug auf die übrigen, nicht notwendigen Verwaltungshandlungen, um was es sich hier handle, fehle eine entsprechende Bestimmung. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine explizite Zuständigkeitsnorm hätte erlassen müssen, wenn er im Zusammenhang mit den übrigen Verwaltungshandlungen im Miteigentum das summarische Verfahren hätte vorsehen wollen. Der Umstand, dass der Gesetzgeber für die notwendigen Verwaltungshandlungen explizit das summarische Verfahren vorgesehen habe, impliziere, dass richterliche Anordnung in Bezug auf die übrigen Verwaltungshandlungen nicht im summarischen Verfahren erfolgten und eine sinn-gemässe Anwendung der entsprechenden Bestimmungen über die Stockwerkeigentümergeinschaft lasse sich auch nicht mit dem Zweckgedanken der Institute begründen. So hätten Handlungen des Verwalters einer

- 10 - gemeinschaft aufgrund des umfassenden Miteigentums viel weiter reichende Konsequenzen als solche eines Verwalters der Miteigentümergeinschaft, welche lediglich die den jeweils im Alleineigentum stehenden Liegenschaften dienende Liegenschaft zum Gegenstand habe. Es sei nicht sachgerecht, diesen Weg auch den Miteigentümern bezüglich der nicht notwendigen Verwaltungshandlungen zu öffnen. Entsprechend sei hier das summarische Verfahren nicht anwendbar und das angerufene Gericht nicht zuständig (act. 56).

E. 4.1.2

Die Beschwerdeführer machen geltend, das summarische Verfahren finde für die Abberufung der Verwaltung bei der einfachen Miteigentümergeinschaft Anwendung und die Vorinstanz habe ihre sachliche Zuständigkeit zu Unrecht verneint. Die Aufzählung von Anwendungsfällen gemäss Art. 249 ZPO für das summarische Verfahren sei nicht abschliessend und erfolge beispielhaft, was sich bereits aus der Formulierung des Artikels ("insbesondere") ergebe. Dies zeige sich auch illustrativ am Entscheid des Bundesgerichts, in welchem es in Bezug auf die Organisationsmängel einer Gesellschaft nach Art. 731b OR das summarische Verfahren trotz der begrenzten Aufzählung in Art. 250 lit. c ZPO für anwendbar erachtet habe (mit Verweis auf BGE 138 III 166). Eine Nichterwähnung in der Aufzählung bedeute somit nicht automatisch, eine Sache unterstehe nicht dem summarischen Verfahren. Der Vorinstanz könne damit nicht gefolgt werden, das summarische Verfahren gelange bezüglich des Miteigentums aufgrund der expliziten Erwähnung nur für die gerichtliche Anordnung von notwendigen Verwaltungshandlungen zur Anwendung, im Hinblick auf übrige Verwaltungshandlungen – mangels expliziter Erwähnung in Art. 249 ZPO – aber nicht. Grundsätzlich sei die Miteigentümergeinschaft frei, wie sie ihre von der gesetzlichen Normierung abweichende Verwaltungsordnung gestalten wolle und die Miteigentümergeinschaft AB._____ sei insbesondere auch

befugt, auf die Bestimmungen über das Stockwerkeigentum zu verweisen und die dortigen Bestimmungen über die Bestellung, Abberufung und die Aufgaben des Verwalters für analog anwendbar zu erklären. Dies habe sie in ihrer Verwaltungsordnung getan. Vom Verweis auf das Stockwerkeigentum werde auch die Befugnis jedes einzelnen Gemeinschafters, die gerichtliche Abberufung des Verwalters zu ver-

- 11 - langen (Art. 712r Abs. 2 ZGB), mitumfasst. Einer analogen Anwendung auch der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Stockwerkeigentums stehe eindeutig nichts entgegen, da vorliegend bereits materiellrechtlich die Bestimmungen des Stockwerkeigentums über die Bestellung und Abberufung des Verwalters Anwendung finden und damit sehr wohl eine gesetzliche Grundlage bestehe. Auch aus Zweckmässigkeitsüberlegungen ergebe sich, dass das summarische Verfahren für die vorliegende Streitigkeit das Richtige sei (act. 57 Rz. 11 ff. u. act. 68 Rz. 20 ff.).

E. 4.1.3

Die Beschwerdegegner tragen vor, dass weder sie noch die Vorinstanz sich je auf den Standpunkt gestellt hätten, Art. 249 f. ZPO enthalte eine abschliessende Aufzählung; indessen würden die Beschwerdeführer verkennen, dass die Aufzählung deshalb nicht abschliessend sei, weil andere Bundesgesetze weitere Materien dem summarischen Verfahren unterstellen könnten. Für die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens für Materien, welche nicht in Art. 249 f. ZPO aufgeführt seien, brauche es aber mehr als eine entfernte Ähnlichkeiten mit einem der ausdrücklich erwähnten Sachverhalt und den Wunsch nach einem raschen Entscheid. Die Vorinstanz habe unter verschiedenen Aspekten beleuchtet, welche Argumente für oder gegen die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens sprächen, und die entsprechenden Ausführungen überzeugten. Sodann sei zu beachten, dass die Einhaltung der richtigen Verfahrensart ungeachtet irgendwelcher Parteianträge von Amtes wegen zu prüfen sei. Selbst wenn dies damit ausdrücklich in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung stehen würde, käme den Miteigentümern nicht die Kompetenz zu, irgendwelche Materien dem summarischen Verfahren zu unterstellen. Aus diesem Grund sei der Schluss der Beschwerdeführer unzutreffend, wonach die gewillkürte Übernahme materieller Regelungen aus dem Stockwerkeigentum in die Nutzungs- und Verwaltungsordnung irgendwelche Implikationen hinsichtlich der zur Anwendung gelangenden Verfahrensart haben solle – die Verfahrensart sei der Parteidisposition entzogen (act. 64 Rz. 23 ff.).

E. 4.2

Inhaltliche Beurteilung der Beschwerde:

E. 4.2.1

Zu den Prozessvoraussetzungen, welche das Gericht von Amtes wegen prüft (Art. 60 ZPO), gehört auch die Frage, ob die sachliche Zuständigkeit des an-

- 12 - gerufenen Gerichts gegeben ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Ist dies nicht der Fall, so tritt das Gericht auf eine Klage nicht ein. Unter die sachliche Zuständigkeit wird auch die Wahl der richtigen Verfahrensart gerechnet (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 4.2. m.w.H.; BK ZPO-ZINGG, a.a.O., Art. 59 N 167). Die Beschwerdeführer reichten ihr Gesuch wie gezeigt beim "Einzelgericht im summarischen Verfahren" ein und legten vor Vorinstanz ausführlich dar, weshalb sie der Ansicht seien, das summarische Verfahren sei anwendbar (act. 1 S. 1 u. Rz. 8 ff.). Das Gericht hatte folglich im Rahmen der Prüfung der

Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen, ob das summarische Verfahren Anwendung findet. Sie verneinte dies wie gezeigt und trat in der Folge auf das Verfahren mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein. Dies ist nicht zu beanstanden, wie im Folgenden zu zeigen sein wird: 4.2.2.1 In Art. 248 ZPO wird der Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens umschrieben, und es werden namentlich fünf Kategorien aufgezählt, auf welche das summarische Verfahren anwendbar ist. Hier liegt von vornherein keine vom Gesetz in Art. 248 lit. b–e ZPO vorgesehene spezifische Eigenart (Rechtsschutz in klaren Fällen, gerichtliches Verbot, vorsorgliche Massnahme oder eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit) vor, weshalb sich fragt, ob das Verfahren unter den Anwendungsbereich von Art. 248 lit. a ZPO fällt. Das summarische Verfahren ist gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO anwendbar, wenn eine gesetzliche Bestimmung dies anordnet (Wortlaut: "in den vom Gesetz bestimmten Fällen"; vgl. auch: STAHLIN/STAHLIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 21 N 25). Mit dem Wort "Gesetz" verweist Art. 248 lit. a ZPO zunächst auf die Zivilprozessordnung selbst, nämlich auf die Auflistung in den Art. 249–251 ZPO. Aus dem Wortlaut dieser Artikel ergibt sich aber bereits, dass die enthaltenen Kataloge nicht abschliessend sind. So lautet der erste Satz jeweils: "Das summarische Verfahren gilt insbesondere für folgende Angelegenheiten". Die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens ergibt sich folglich nicht bloss aus der ZPO, sondern kann sich auch aus anderen Rechtsquellen, insbesondere auch aus Spezialgesetzen des Bundesprivatrechts ergeben (vgl. Botschaft, BBl 2006, 7349; ZK ZPO-PESENTI, a.a.O., Art. 248 N 11 ff.; KUKO ZPO-

- 13 - JENT-SØRENSEN, 2. Aufl. 2014, Art. 248 N 7). Die Kataloge gemäss Art. 249–251 ZPO sind damit als blosser Leitlinien zu betrachten und können sowohl innerhalb ihres jeweiligen Geltungsbereichs Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie auch in anderen Rechtsbereichen ergänzt werden (ZK ZPO-PESENTI, a.a.O., Art. 248 N 13, m.w.H.). Eine Ergänzung kann aber nur durch ein Bundesgesetz resp. eine Bundesverordnung erfolgen – insbesondere können die Kantone aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gestützt auf eigenes kantonales Recht keine Streitigkeit dem summarischen Verfahren zuweisen (vgl. insb. BGE 139 III 38, E. 2.4; BGE 5A_948/2015 vom 12. April 2016, E. 4.2.). Ebenfalls kann eine Ergänzung des Kataloges mittels Auslegung des Gesetzes erfolgen. Namentlich kann dies der Fall sein, wenn das Bundesrecht die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts für eine Streitigkeit ausdrücklich vorsieht, ohne für die anwendbare Verfahrensart ex lege auf das summarische Verfahren zu verweisen. Ergibt sich in solchen Fällen mittels Auslegung der gesetzlichen Bestimmung, dass die Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens aufgrund der Natur der Sache als zwingend erscheint, so findet dieses Anwendung. Dies wurde durch das Bundesgericht beispielweise bejaht bei Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln bei der Aktiengesellschaft gemäss Art. 731b OR (BGE 138 III 166 = Pra 101 [2012] Nr. 102, E. 3.3). 4.2.2.2 Die Bestimmungen über das gewöhnliche Miteigentum im Sinne von Art. 646 ff. ZGB, welche für das hier gegenständliche Miteigentümerverhältnis unbestritten anwendbar sind, sind grundsätzlich dispositiver Natur. Ausnahme davon bildet Art. 647 Abs. ZGB, welcher unter anderem besagt, dass jeder Miteigentümer die Durchführung der in Bezug auf die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache notwendigen Verwaltungshandlungen verlangen und zu deren Anordnung nötigenfalls das Gericht anrufen kann (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; zuständig hierfür ist im Kanton Zürich gestützt auf Art. 249 lit. d Ziff. 1 ZPO i.V.m. § 24 lit. c GOG/ZH das Einzelgericht im summarischen Verfahren). In den Schranken dieses

zwingenden Rechts steht es den Miteigentümern frei, eine von den dispositiven gesetzlichen Regelung von Art. 647a–647e ZGB abweichende Nutzungs- und Verwaltungsordnung vorzusehen, welche die gesetzliche Ordnung derogiert (Art. 647 Abs. 1 ZGB; vgl. auch: KUKO ZGB-DOMEJ, 2012,

- 14 - Art. 647 N 3; BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, 5. Aufl. 2015, Art. 647 N 4 u. N 13 f.). Bei einer solchen durch die Miteigentümer erlassenen Nutzungs- und Verwaltungsordnung handelt es sich nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen Vertrag mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag (vgl. BGE 142 III 220, E. 3.4.1.; BGer 5D_98/2015 vom 14. August 2012, E. 3.3; BGer 5c.177/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 4.1). Die Parteien haben – wie eingangs unter E. 1.1. gezeigt – von der Möglichkeit, eine eigene Nutzungs- und Verwaltungsordnung zu erlassen, Gebrauch gemacht und damit die dispositiven gesetzlichen Bestimmungen durch eine eigene Regelung ersetzt. In ihrer Verwaltungsordnung haben sie unter anderem Regelungen bezüglich der Wahl/Bestellung, Abberufung und der Aufgaben der Verwaltung getroffen, wobei sie grösstenteils die entsprechenden Regelungen des Stockwerkeigentums, namentlich die Art. 712q–712t ZGB für analog anwendbar erklärt haben (vgl. E. 1.1.; act. 2/2 S. 7 Ziff. IV./4. u. V./1.). Art. 712r Abs. 2 ZGB sieht vor, dass jeder Stockwerkeigentümer die Abberufung des Verwalters durch das Gericht binnen Monatsfrist verlangen kann, wenn die Versammlung die Abberufung des Verwalters unter Missachtung wichtiger Gründe abgelehnt hat. Für die Überprüfung der Abberufung der Verwaltung gemäss Art. 712r ZGB sieht der Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO das summarische Verfahren vor. 4.2.2.3 Unter Berufung darauf sowie unter Hinweis, der Katalog von Art. 249 ZPO sei nicht abschliessend, machen die Beschwerdeführer – wie gesehen – geltend, das summarische Verfahren sei auch bei der Abberufung der Verwaltung im gewöhnlichen Miteigentum zweckmässig und daher richtig (E. 4.1.2). Wie unter E. 4.2.2 gezeigt, kommt das summarische Verfahren gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO aber nur dann zur Anwendung, wenn das entweder explizit aus Gesetz folgt oder implizit aufgrund dessen Auslegung. Auch im zweiten Fall (Auslegung) ist vorausgesetzt, wie der von den Beschwerdeführern angerufenen BGE 138 III 136 zeigt, dass sich die Grundlage für die Anrufung des Gerichts im materiellen Bundesrecht findet. Kein Spielraum, eine Streitigkeit dem summarischen Verfahren zu unterstellen, besteht folglich, wenn die vorgesehene Möglichkeit der Anrufung des

- 15 - Gerichts ihre Grundlage einzig in einem Vertrag hat, fehlt es doch in diesem Fall gerade an der in Art. 248 lit. a ZPO verlangten gesetzlichen Grundlage. An eben einer solchen gesetzlichen Grundlage fehlt es auch hier. Die von den Parteien abgeschlossene Verwaltungsordnung verweist zwar auf Bestimmungen des materiellen Rechts, die das ZGB für den in der Verwaltungsordnung geregelten Sachverhalt gar nicht vorsieht, weshalb diese Bestimmungen Vertragsbestandteil sind, aber für das Verhältnis zwischen den Parteien nicht den Charakter einer gesetzlichen Anordnung haben. Beim Verweis auf den Art. 712r Abs. 2 ZGB und dessen analoge Anwendbarkeitserklärung zwischen den Parteien handelt es sich folglich nur um einen Teil einer parteiautonom getroffenen und privaten, vertraglichen Regelung. Der Wortlaut von Art. 712r ZGB stellt im Verhältnis zwischen den Parteien hingegen kein Gesetzesrecht dar und es besteht daher kein Spielraum, die in der Verwaltungsordnung vorgesehene Anrufung des Gerichts mittels Gesetzesauslegung (so geschehen in BGE 138 III 136, vgl. E. 3.2. ff.) dem summarischen Verfahren zu unterstellen, selbst dann nicht, wenn die Anwendung des summarischen Verfahrens tatsächlich insgesamt zweckmässiger erschiene. Ebenfalls können sich die

Beschwerdeführer nicht darauf berufen, da sie Art. 712r Abs. 2 ZGB analog für anwendbar erklärt hätten, sei auch Art. 249 lit. d Ziff. 4 ZPO analog anwendbar und die Streitigkeit gestützt darauf im summarischen Verfahren zu behandeln. Faktisch würde dies bedeuten, dass die Parteien durch analoge Anwendbarkeitserklärung einer materiellrechtlichen Bestimmung in ihrer Nutzungs- und Verwaltungsordnung Einfluss auf die Verfahrensart und damit letztlich auf die sachliche Zuständigkeit des Gerichts nehmen könnten. Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit ist indes der Parteidisposition entzogen, und eine Bejahung der Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens im vorliegenden Fall würde zu einer Umgehung dieses Grundsatzes führen (vgl. z.B. BGE 138 III 471, E. 3; BSK ZPO-INFANGER, a.a.O., Art. 17 N 3). Auch aus diesem Grund kann für die vorliegende Streitigkeit das summarische Verfahren nicht zur Anwendung gelangen.

- 16 -

E. 4.2.3

Die Vorinstanz hat damit das summarische Verfahren zu Recht für nicht anwendbar erachtet und ist auf das an sie gerichtete Gesuch zutreffenderweise nicht eingetreten. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

E. 5

Den Beschwerdegegnern 18 und 20 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

E. 5.1

Ausgangsgemäss haben die Beschwerdeführer die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zwar machen die Beschwerdeführer generell geltend, die Vorinstanz sei von einem falschen Streitwert ausgegangen (dazu nachfolgend). Die Bemessung der Entscheidungsgebühr sowie der Parteientschädigung im angefochtenen Entscheids wurden aber nicht beanstandet, weshalb es dabei bleibt. Dies führt zu einer gesamthaften Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids. 5.2.1 Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG festzulegen. 5.2.2.1 Zutreffend ging bereits die Vorinstanz von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit aus und verwies hinsichtlich der Höhe des Streitwertes darauf, dass bei der Abberufung der Verwaltung beim Stockwerkeigentum eines unbefristet angestellten Verwalters dessen Jahreshonorar entsprechend Art. 92 ZPO zu kapitalisieren sei. Aus dem Protokoll der Eigentümerversammlung vom 21. März 2017 (unter Verweis auf act. 2/7) sei aber ersichtlich, dass das Mandat der Verwaltung nicht in einem Vertrag fixiert sei, sondern durch eine jährliche Bestätigungswahl erteilt werde. Daher sei für die Festsetzung des Streitwerts auf die feste Bestimmungsdauer und damit auf das Verwaltungshonorar von einem Jahr, welches Fr. 9'000.– entspreche, abzustellen (act. 56 E. 4). 5.2.2.2 Gegen diese Ansicht stellen sich die Beschwerdeführer und machen einen Streitwert von Fr. 180'000.– (kapitalisiertes Jahreshonorar) geltend. Sie tragen vor, die Verwaltung werde von der Versammlung auf unbestimmte Dauer bestellt, sähen doch weder die Art. 712q–712t ZGB noch die darauf verweisende Nutzungs- und Verwaltungsordnung eine zeitliche Beschränkung des Verwaltungs-

- 17 - mandats auf ein Jahr vor. Daran vermöge auch der Umstand, dass die Verwaltung sich regelmässig zur Wiederwahl stelle, nichts zu ändern, bestehe doch keine solche

Pflicht und sei nicht garantiert, dass dies auch in Zukunft so gehand- habt werde. Auch treffe es nicht zu, dass die Verwaltung nicht in einem Vertrag fi- xiert sei – es handle sich klarerweise um einen mündlich zu Stande gekommenen Verwaltungsvertrag und damit um einen Auftrag (act. 57 Rz. 19 ff.; act. 68 Rz. 38 ff.). 5.2.2.3 Die Beschwerdegegner lassen ausführen, die Verwaltung werde jedes Jahr aufs Neue von der Miteigentümerversammlung gewählt; es sei daher nicht von einem Mandat unbeschränkter Dauer auszugehen. So bestehe kein separater Verwaltungsvertrag, sondern nur der Vertrag, welcher alljährlich befristet für ein Jahr geschlossen werde, indem sich die Verwaltung zur Wahl stelle und jeweils für ein Jahr gewählt werde. Es liege auf der Hand, dass das Verwaltungsmandat per sofort aufgelöst würde, wenn die Miteigentümerversammlung die Verwaltung nicht für ein weiteres Jahr bestätigen würde (act. 64 Rz. 44 ff.). 5.2.3 Unbestritten ist, dass das Verwaltungshonorar für ein Jahr Fr. 9'000.– be- trägt. Den Beschwerdeführern ist sodann zuzustimmen, dass weder die Nut- zungs- und Verwaltungsordnung, noch die von dieser für analog anwendbar er- klärten Bestimmung von Art. 712q–712t ZGB eine Befristung des Verwaltungs- mandats der Miteigentümergeinschaft AB._____ vorsehen (vgl. act. 2/2) – es ist aber genauso wenig explizit ein unbefristetes Mandat vorgesehen. So enthal- ten weder die Nutzungs- und Verwaltungsordnung noch die Art. 712q–712t ZGB Bestimmungen zur Dauer des Verwaltungsmandates. Mangels einer entspre- chenden Bestimmung kann hier die Frage nach der Dauer des Mandates und damit nach dem Streitwert lediglich unter Berücksichtigung der konkreten Ausge- staltung des Verhältnisses der Miteigentümergeinschaft zu den Verwaltern be- antwortet werden (in diesem Sinne auch: OGer ZH, LF150025, vom 10. Februar 2016, E. 3, welches für den "unbefristet angestellten Verwalter" eine Kapitalisie- rung entsprechend Art. 92 ZPO bejahte). Diesbezüglich gehen die Beschwerde- führer zu Recht unbestritten davon aus, dass diesem Verwaltungsverhältnis ein Vertragsverhältnis – namentlich ein Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 ff.

- 18 - OR – zu Grunde liegt, was die Beschwerdegegner so auch nicht bestreiten. Zur Entstehung des Auftragsverhältnisses sieht das Gesetz kein Formerfordernis vor, weshalb dieses auch nur mündlich geschlossen werden kann. Eine fehlende schriftliche "Fixierung", namentlich schriftliche Abfassung, steht der Gültigkeit des Auftragsverhältnisses nicht entgegen. Sodann kann ein Auftragsverhältnis befris- tet oder unbefristet ausgestaltet werden. Aus dem Protokoll der Miteigentü- merversammlung ergibt sich, dass vor der Abstimmung über die Verwalter münd- lich klargestellt wurde, das Verwaltungsmandat und damit der Auftrag werde jähr- lich durch "die Bestätigungswahl erteilt" (vgl. act. 2/7 S. 2 unten). Daraus ergibt sich der klare Wille der Miteigentümer – und dies war auch durch die Verwalter als Adressaten ohne Weiteres so zu verstehen –, dass das Vertragsverhältnis zwischen ihnen und der Miteigentümergeinschaft auf ein Jahr befristet ist und allenfalls im Rahmen einer Wieder- oder "Bestätigungswahl" ein neuer Auftrag er- teilt wird. Es ist damit jedes Jahr aufs Neue möglich, dass die Bestätigung nicht erteilt wird und kein neues Auftragsverhältnis entsteht. Es mag zwar zutreffen, dass dieses Vorgehen der jährlichen Wahl – wie von den Beschwerdeführern geltend gemacht – jederzeit durch die Miteigentümerge- meinschaft geändert werden könnte und sie eine Verwaltung auch unbefristet ein- setzen könnte. Dass dies aber bisher geschehen wäre, ist weder vorgebracht, noch ersichtlich. Der Vertrag mit den Verwaltern wurde nur für ein Jahr eigegan- gen, und es ist für die Festsetzung des Streitwertes nur auf diese feste Vertrags- dauer abzustellen (vgl. auch OGer ZH, NP130037, vom 18. März 2014, E. II./3.c unten). Entsprechend ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von einem Streitwert von Fr. 9'000.–

(Verwaltungsratshonorar für ein Jahr) ausging, und es ist dieser Streitwert den Kostenfolgen vor Rechtsmittelinstanz zu Grunde zu legen. 5.2.4. Ausgehend von diesem Streitwert ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Der Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss (act. 59 u. 61) zu verrechnen.

E. 5.3

Den Beschwerdegegnern 1–17, 19 und 21–22 ist sodann gestützt auf § 4 Abs. 1 u. 3, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 u. 2 AnwGebV eine Parteientschädi-

- 19 - gung von Fr. 1'500.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer, gesamthaft somit von Fr. 1'615.50 zuzusprechen. Den Beschwerdegegnern 18 und 20 ist keine Partei-entschädigung zuzusprechen, da ihnen kein Aufwand entstanden ist, welcher zu entschädigen wäre. Es wird erkannt: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt. 3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchstellern und Beschwerdeführern 1 und 2 unter solidarischer Haftung auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Die Gesuchsteller und Beschwerdeführer 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beschwerdegegnern 1–17, 19 und 21–22 für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von gesamt Fr. 1'615.50 (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 68, sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

E. 7

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

- 20 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw M. Schnarwiler versandt am: 20. November 2018

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.