

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

Beschluss vom 7. Juli 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft B._____-str. 1,

- a) **C.**_____, Dr. Ing.,
- b) **D.**_____,
- c) **E.**_____,
- d) **F.**_____,
- e) **G.**_____,
- f) **H.**_____,
- g) **J.**_____,
- h) **K.**_____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch L._____
GmbH

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Abberufung Verwaltung (Art. 712r ZGB)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Januar (ES220033)**

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 27. April 2022 (Datum Poststempel) machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan: Berufungsklägerin) vor dem Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren (fortan: Vorinstanz), Klage gegen die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan: Berufungsbeklagte) hängig mit folgendem Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es sei L'._____ AG bzw L"._____ bzw L._____ GmbH als Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft, B._____ -strasse 1, ... Zürich per sofort abzuberaufen.
2. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten"

Es folgten zahlreiche ergänzende Eingaben und Begehren der Berufungsklägerin und es ergingen diverse vorinstanzliche Entscheide. Für den Verfahrensablauf im Einzelnen wird auf die vorinstanzlichen Akten verwiesen. Am 10. Januar 2023 fand die (Haupt)Verhandlung sowie Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor der Vorinstanz statt (Prot. Vorinstanz S. 7 ff.). Mit Urteil und Verfügung vom 10. Januar 2023 wurden sowohl die beiden Gesuche der Berufungsklägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen als auch das Gesuch um Abberufung der Verwaltung abgewiesen (act. 51 = act. 60 [Aktenexemplar] = act. 62, fortan: act. 60).

1.2. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 6. März 2023 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 52) Berufung mit den folgenden Anträgen (act. 61):

- "1. Der Urteil und Verfügung sei für nichtig zu erklären und aufzuheben und die Sache für neue Beurteilung der Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Dispositiv 1 der Urteil und Verfügung vom 10. Januar 2023 sei aufzuheben und der Verwalter (L'._____ AG bzw L._____ gmbh) sei per sofort gerichtlich als Verwalter abzuberaufen.

3. Dispositiv 3 der Urteil und Verfügung vom 10. Januar 2023 sei aufzuheben und die Antrag auf Parteientschädigung sei abzuweisen bzw die Parteientschädigung sei von CHF2800 (inklusive MwSt) auf CHF0 zu reduzieren.
4. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsgegnerin."

Mit Verfügung vom 16. März 2023 wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 3'750.– zu leisten (act. 64). Gegen diese Verfügung erhob die Berufungsklägerin Beschwerde beim Bundesgericht (act. 71). Die Berufungsklägerin leistete den Kostenvorschuss in der Folge trotz laufendem Beschwerdeverfahren (act. 67). Mit Urteil vom 15. Mai 2023 ist das Bundesgericht auf die Beschwerde der Berufungsklägerin nicht eingetreten (act. 74). Mit Eingaben vom 3. April 2023 (Datum Poststempel; act. 66), vom 15. Mai 2023 (Datum Eingang; act. 68, act. 69/1–6), vom 16. Mai 2023 (Datum Eingang; act. 70), vom 1. Juni 2023 (Datum Poststempel; act. 72, act. 73/1–4), vom 12. Juni 2023 (Datum Eingang; act. 75) sowie vom 14. Juni 2023 (Datum Poststempel; act. 77) sind ergänzende Eingaben der Berufungsklägerin bei der Kammer eingegangen.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–58). Vom Einholen einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Zulässigkeitsvoraussetzung für jedes Rechtsmittel bildet die Beschwer. Der Rechtsmittelkläger muss durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein. Es handelt sich dabei um das Pendant zum Rechtsschutzinteresse im erstinstanzlichen Verfahren und ist von Amtes wegen zu beachten. Das schutzwürdige Interesse an der Abänderung des erstinstanzlichen Entscheids muss aktueller Natur und im Zeitpunkt des Entscheids der Rechtsmittelinstanz noch gegeben sein (REETZ, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, vor Art. 308–318 N 30). Fällt die Beschwer während laufendem Rechtsmittelverfahren dahin, ist das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (vgl. Art. 242 ZPO).

Neue Tatsachen und Beweismittel, die nach Ablauf der Berufungsfrist entstehen, sind im Berufungsverfahren unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO noch bis zu Beginn der Phase der Urteilsberatung zu berücksichtigen (BGE 142 III 413 E. 2.2.5 f.).

2.2. Mit Eingabe vom 1. Juni 2023 (Datum Poststempel; act. 72) reicht die Berufungsklägerin das Protokoll der ordentlichen Stockwerkeigentümersversammlung vom 20. April 2023 ins Recht (act. 73/2). Dabei handelt es sich um ein echtes Novum, welches im vorliegenden Berufungsverfahren zu beachten ist. Aus dem Protokoll wird ersichtlich, dass die amtierende Verwaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft, die L._____ GmbH bzw. der Mandatsverantwortliche L"._____, das Mandat mit Schreiben vom 4. April 2023 per 30. Juni 2023 niedergelegt bzw. gekündigt hat. Weiter geht aus dem Protokoll hervor, dass aus diesem Grund eine ausserordentliche Stockwerkeigentümersammlung für den 19. Juni 2023 einberufen und beschlossen wurde, dass – sollten die benötigten Dokumente für die Wahl einer neuen Verwaltung nicht 20 Tage vor dieser Versammlung bei den Stockwerkeigentümern eintreffen – E._____ als gewählter Interims-Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft gelte (Traktandum 8, S. 11). Damit ist das schutzwürdige Interesse der Berufungsklägerin an der Abberufung der L._____ GmbH als Verwalterin der Stockwerkeigentümergeinschaft und somit an der vorliegenden Berufung dahingefallen und es ist das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

Dass die Berufungsklägerin in ihrer Eingabe vom 1. Juni 2023 anzweifelt, ob die Versammlung vom 20. April 2023 überhaupt stattgefunden habe sowie zahlreiche weitere angebliche Mängel der Versammlung und des Protokolls geltend macht (vgl. act. 72), vermag an diesem Verfahrensausgang nichts zu ändern, zumal die Vorbringen der Berufungsklägerin unsubstantiiert sind und unglaubhaft erscheinen. Sodann handelt es sich bei der Niederlegung bzw. Kündigung des Mandats der Verwaltung um ein einseitiges Gestaltungsrecht der Verwalterin, wofür kein Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung oder irgend eine Form der Mitwirkung der Stockwerkeigentümergeinschaft notwendig wäre (vgl. Art. 404 Abs. 1 OR). Deshalb ist beispielsweise auch irrelevant, ob die Berufungsklägerin

eine Einladung zur Versammlung vom 20. April 2023 erhalten hat oder das Protokoll unterschrieben wurde. In einer späteren Eingabe vom 15. Juni 2023 geht die Berufungsklägerin ausserdem selber davon aus, dass die L._____ GmbH zurückgetreten und nicht mehr Verwalterin der Stockwerkeigentümergeinschaft sei (act. 77). Jedenfalls bestehen für die Kammer keinerlei Anhaltspunkte, anzunehmen, dass die L._____ GmbH ihr Mandat nicht tatsächlich niedergelegt hätte. Bestätigt wird dies sodann auch durch die ebenfalls von der Berufungsklägerin eingereichte Traktandenliste für die ausserordentliche Versammlung vom 19. Juni 2023, woraus das Traktandum "*4. Wahl/Bestätigung neue (Interims-)Verwaltung*" ersichtlich ist (act. 78). Unabhängig von der Frage, wer aktuell die (Interims-)Verwaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft inne hat, steht fest, dass die L._____ GmbH seit dem 1. Juli 2023 das Verwaltungsmandat nicht länger ausübt, womit das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin gegenstandslos wird.

2.3. Insofern die Berufungsklägerin in ihren Eingaben vom 1. Juni 2023 (act. 72) und 12. Juni 2023 (act. 75) nun die Abberufung von E._____ oder allenfalls sogar D._____ und C._____ verlangt, so ist sie darauf hinzuweisen, dass sie ihr Rechtsbegehren nicht einfach beliebig auf unzählige weitere Personen ausdehnen kann. Dies käme einer Klageänderung gleich, welche nur unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO sowie im Berufungsverfahren zusätzlich von Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig ist. So ist insbesondere ein sachlicher Zusammenhang (Konnexität) zwischen dem bisherigen und dem geänderten bzw. neuen Anspruch vorausgesetzt (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Konnexität ist gegeben, wenn sich beide Ansprüche auf das gleiche Rechtsverhältnis stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt. Keine Konnexität liegt dagegen vor, wenn der neue Anspruch auf einem neuen Rechtsverhältnis oder einer anderen Handlung beruht als der bisherige Anspruch (PAHUD-DIKE Komm. ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 227 N 9 f.). Vorliegend läge der Abberufungsklage gegen E._____ als Verwalter sowohl ein anderes Rechtsverhältnis (zwischen der Stockwerkeigentümergeinschaft und E._____) als auch ein anderer Lebenssachverhalt (Pflichtverletzungen begangen durch E._____) zugrunde. Eine entsprechende Klageänderung ist ausgeschlossen.

3.

3.1. Hinsichtlich des vorinstanzlichen Entscheides über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ist die Berufungsklägerin nach wie vor beschwert. Nachdem die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen ist, wurden ihr die Prozesskosten auferlegt und es wurde der Berufungsbeklagten eine Parteient-schädigung zugesprochen (act. 60 E. V.). Für den Entscheid darüber, wer die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu tragen hat, ist daher ent-scheidend, was der mutmassliche Prozessausgang der Berufung der Berufungs-klägerin gewesen wäre. Dazu wird auf die Erwägungen sogleich unter 3.3. ver-wiesen.

3.2. Wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und sieht das Ge-setz nichts anderes vor, liegt die Verteilung der Prozesskosten im Ermessen des Gerichts (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Bei der Kostenverlegung ist je nach der Lage des Falles zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, wel-ches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und welche Partei die Gründe der Gegenstandslosigkeit verursacht hat (vgl. etwa BGer 4A_667/2015 E. 2.2. m.w.H.). Das Berufungsverfahren wurde von der Berufungsklägerin einge-leitet. Welche Partei die Gründe der Gegenstandslosigkeit verursachte, ist im vor-liegenden Fall jedoch nicht massgebend. Für die Festlegung der Kosten- und Entschädigungsregelung ist daher vielmehr der mutmassliche Prozessausgang entscheidend.

3.3. Zunächst sind die Ausführungen der Berufungsklägerin in ihrer Berufungs-schrift grösstenteils schwer verständlich und erscheinen sprunghaft sowie aus dem Zusammenhang gerissen. Über weite Teile ist nicht dargetan, welchen Sachverhalt sie ihrem Begehren zugrunde legt, auf welche vorinstanzlichen Er-wägungen sich ihre Ausführungen beziehen und was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten will. Die Eingabe enthält sodann auch diverse unbelegte und ungebührli-che Anschuldigungen gegenüber verschiedenen Personen. Insoweit aus dieser Berufungsschrift ersichtlich und verständlich, bemängelte die Berufungsklägerin am vorinstanzlichen Entscheid insbesondere, dass Rechtsanwalt X._____ man-gels einer gültigen Vollmacht die Berufungsbeklagte anlässlich der Verhandlung

vom 10. Januar 2023 nicht habe rechtsgültig vertreten können und dass L'._____ für die Verwalterin unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen sei. Sodann sei die Stockwerkeigentümerversammlung vom 30. Dezember 2022 nicht gültig einberufen sowie abgehalten worden, das entsprechende Protokoll "verfälscht" und die L'._____ GmbH nicht gültig als Verwalterin gewählt worden. Die gefassten Beschlüsse habe sie angefochten. Die Vorinstanz habe sich deshalb nicht auf das Protokoll der Versammlung vom 30. Dezember 2022 sowie die dort gefassten Beschlüsse stützen dürfen (act. 61).

Zu den Zweifeln an der Vertretungsberechtigung von Rechtsanwalt X._____ verwies die Vorinstanz auf die Ermächtigung durch die Stockwerkeigentümerversammlung gemäss Protokoll vom 12. März 2021 (vgl. act. 6). Sodann liegt auch eine aktuelle Vollmacht vom 9. Januar 2023 im Recht (act. 47). Ausserdem wurde die Berufungsklägerin von der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass nicht die Verwalterin, sondern die Stockwerkeigentümergeinschaft Gegenpartei im Abberufungsverfahren sei, weshalb der Verwalterin das Erscheinen an der Verhandlung vom 10. Januar 2023 freigestellt gewesen sei (act. 60 E. III./2.). Sodann stellte die Vorinstanz zunächst fest – was von der Berufungsklägerin stets angezweifelt wurde – dass die L'._____ AG vom 1. Juli 2021 bis 31. Dezember 2021 als rechtmässige Verwalterin der Stockwerkeigentümergeinschaft tätig gewesen und dieses Amt am 1. Januar 2022 mit Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft auf die L'._____ GmbH übergegangen sei (act. 60 E. IV./4.2. ff.). In der Folge setzte sich die Vorinstanz differenziert mit sämtlichen von der Berufungsbeklagten geltend gemachten Pflichtverletzungen auseinander und wies diese grösstenteils von der Hand. Sie stellte lediglich fest, dass die ordentliche Stockwerkeigentümerversammlung 2022 zu spät einberufen worden sei, erwog aber, dass dieser Reglementsverstoss indes nur als leichte Pflichtverletzung zu qualifizieren sei, welche die Abberufung der Verwaltung gegen den Willen der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht zu rechtfertigen vermöge.

Insgesamt erscheint der Sachverhalt durch die Vorinstanz sauber erstellt und durch die Akten belegt sowie die entsprechende Rechtsanwendung korrekt, wohingegen die Rügen der Berufungsklägerin unsubstantiiert und unbelegt sind.

Nach dem Gesagten ist nicht von einem für die Berufungsklägerin günstigen mutmasslichen Verfahrensausgang auszugehen, weshalb ihr sowohl die Kosten des erstinstanzlichen als auch des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind.

3.4. Beanstandungen hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten wurden keine vorgebracht. Sie sind zu bestätigen (act. 60 E. V./2. f.). Auch zur Höhe und Bemessung der von der Vorinstanz festgelegten Parteientschädigung äussert sich die Berufungsklägerin nicht substantiiert, sie verlangt lediglich pauschal diese sei auf Fr. 0.– herabzusetzen (vgl. act. 61 Rechtsbegehren Ziff. 3). Entsprechend ist auch die von der Vorinstanz der Berufungsbeklagten zugesprochene Parteientschädigung zu bestätigen (act. 60 E. V./4.).

3.5. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 131'194.– (vgl. act. 64 E. 2.) gestützt auf § 4 Abs. 1–3, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Berufungsklägerin nicht zufolge ihres mutmasslichen Unterliegens und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Aufwände entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Sie wird vom geleisteten Vorschuss bezogen. Der Rest ist der Berufungsklägerin unter dem Vorbehalt eines Verrechnungsanspruchs der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr sowie die erstinstanzliche Parteientschädigung werden bestätigt.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel von act. 61, act. 66, act. 68, act. 70, act. 72, act. 75 und act. 77 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 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. 131'194.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Ursprung

versandt am: