

derlichen Erhebungen zu pflegen und über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden (RS0008484; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR §§ 93–96 AußStrG Rz 40; vgl 6 Ob 680/81; 5 Ob 528/95; 7 Ob 25/99 y; 4 Ob 263/00 f; 8 Ob 91/12 h).

Nach der Rsp des OGH setzt die Überweisung in das Aufteilungsverfahren aber nicht jedenfalls voraus, dass die **Zugehörigkeit** der streitverfangenen Sache zur Aufteilungsmasse aufgrund eines erhobenen Sachverhalts positiv **feststeht**. Aus dem Vorrang des Aufteilungsverfahrens wurde vielmehr auch abgeleitet, dass es genügt, wenn sich die Eigenschaft eines Vermögenswerts als Teil der Aufteilungsmasse und damit die Zulässigkeit nur des Außerstreitverfahrens schon aus den **Behauptungen** des Kl/Antragstellers (vgl 3 Ob 168/15 z; 1 Ob 26/15 b; 4 Ob 98/12 h; 10 Ob 16/08 p), aus dem übereinstimmenden **Vorbringen** der Parteien (vgl 1 Ob 177/09 z) oder aus dem mit den bereits festgestellten Tatsachen übereinstimmenden Vorbringen (vgl 10 Ob 29/10 b; 6 Ob 34/18 w) ergibt. Auch in der hier vorliegenden Konstellation führt der Vorrang des Aufteilungsverfahrens dazu, dass nicht der angerufene Streitrichter die zur Beurteilung der Zugehörigkeit der Liegenschaften zur Aufteilungsmasse erforderlichen Erhebungen zu

führen und Feststellungen zu treffen hat. Ist die streitverfangene Sache – wie hier – Gegenstand eines bereits anhängigen Aufteilungsverfahrens, muss dieses Aufteilungsverfahren in Bezug auf die Klärung der in den beiden Verfahren strittigen Frage, ob diese Sache überhaupt der Aufteilung unterliegt, vorgehen. Der Vorrang des Aufteilungsverfahrens hat auch schon für die Klärung dieser gemeinsamen Vorfrage zu gelten.

[Ergebnis]

Die Liegenschaften, die den Gegenstand dieser Teilungsklage bilden, würden nur dann nicht der nachehelichen Aufteilung nach §§ 81 ff EheG unterliegen, wenn sie mittels **vorehelicher Ersparnisse** angekauft wurden. Die Richtigkeit der diesbezüglichen Behauptung der Teilungskl ist aber **strittig**. Die Liegenschaften waren jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz zugleich Gegenstand eines anhängigen nachehelichen Aufteilungsverfahrens. Die **Klärung** der in beiden Verfahren strittigen Frage, ob die im Hälfteeigentum der Streitparteien stehenden Liegenschaften in die Aufteilungsmasse fallen, hat angesichts dessen Vorrangs in diesem **Aufteilungsverfahren** zu erfolgen.

Hinweis:

Die **Überweisung** einer Rechtssache vom streitigen ins außerstreitige, also in ein anderes zivilgerichtliches Verfahren ist der **Zurückweisung** einer Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen iSd § 528 Abs 2

Z 2 ZPO gleichzuhalten. Ein RevRek gegen eine die Überweisung aussprechende (bestätigende) Entscheidung ist daher bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen des § 528 ZPO zulässig (RIS-Justiz RS0106813).

Martina Weixelbraun-Mohr



→ Haftung der Eigentümergemeinschaft für Fehler des Hausbesorgers

§ 18 WEG; § 1313 a ABGB

Die Eigentümergemeinschaft haftet den Miteigentümern gegenüber für Verletzungen der ihr im Rah-

Sachverhalt:

Die Kl (damals Mit- und **Wohnungseigentümerin** der Liegenschaft) stürzte auf dem **Parkplatz** der Wohnanlage und verletzte sich. Die Mehrparteienhäuser der Anlage verfügen über einen gemeinsamen Parkplatz und eine Tiefgarage (Allgemeinflächen der Liegenschaft). Am Tag zuvor hatte es geschneit. Die Kl bemerkte, dass die geräumte Parkplatzoberfläche glitzerte, und ging äußerst vorsichtig. Dennoch rutschte sie aus und kam zu **Sturz**. Da nach der Räumung weder auftauende noch abstumpfende Streumittel aufgebracht worden waren, war die erforderliche Rutschfestigkeit für ein sicheres Begehen der Asphaltoberfläche nicht gegeben. Seit 1991 war ein Mit- und Wohnungseigentümer als **Hausmeister** tätig. Der Aufgabenkatalog seines Dienstvertrags enthält auch „Schneeräumen im Hof, Salzstreuen oder Splitt“. In der Praxis teilte er seine Arbeitszeit eigenverantwortlich ein und erhielt zur Art der Ausübung seiner Aufgaben keine Weisungen. Materialien beschaffte er großteils selbst und legte Rechnung. Aufgrund seines fortgeschrittenen Alters teilte er vor der **Wintersaison 2010** dem damals zuständigen Mitarbeiter der Verwalterin mit, die Schneeräumtätigkeit nicht mehr ausüben zu können und zu wollen. Über Ersuchen

men der Verwaltung obliegenden Wegesicherungspflichten (hier: **Streupflicht**) nur deliktisch.

dieses Mitarbeiters benannte er jemanden, der dies übernehmen werde. Nach Schneefall hatte dieser aufgrund der Vereinbarung mit dem Hausmeister jeweils frühmorgens die großflächige Schneeräumung am Parkplatz durchzuführen, die allenfalls danach noch notwendige kleinflächige Schneeräumung und Streutätigkeit oblag weiterhin dem Hausmeister. Reklamationen gab es nicht; bis zum Unfall der Kl ist niemand aufgrund mangelhafter Winterdiensttätigkeit gestürzt.

Die Kl begehrt von der Eigentümergemeinschaft Schmerzensgeld, Haushaltshilfegeld und Pflegekosten sowie die Feststellung der Haftung der Bekl für künftige Schäden aus diesem Unfall. Die **Bekl** wendete iW ein, sie hafte ihren Mitgliedern nur deliktisch für die Verletzung der im Rahmen der Verwaltung obliegenden Wegesicherungspflichten; die Voraussetzungen dafür seien hier nicht erfüllt.

Das ErstG sprach mit Teil-Zwischenurteil aus, dass das Leistungsbegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe.

Das BerG gab der Berufung der Bekl nicht Folge.

Der OGH hob die Entscheidungen zur Verfahrensergänzung auf. →

EvBI 2020/26

§ 18 WEG
(§ 1313 a ABGB)

OGH 31. 7. 2019,
5 Ob 37/19 f
(OLG Innsbruck
1 R 159/18 v;
LG Feldkirch
5 Cg 58/17 k)

In dieser Entscheidung stellt der OGH klar, dass ein Hausbesorger grundsätzlich kein Erfüllungsgeld der Eigentümergemeinschaft gegenüber den Miteigentümern ist.

Aus der Begründung:

[Haftung der Eigentümergemeinschaft]

Nach stRsp (RS0114886) haftet die Eigentümergemeinschaft ohne bes. Vertragsbeziehung ihren Mitgliedern und deren Mietern für die **Verletzung** der ihr im Rahmen der **Verwaltung** obliegenden **Wegsicherungspflichten** nur deliktisch. Die Miteigentümer und Wohnungseigentümer der Liegenschaft stehen aufgrund des Wohnungseigentumsvertrags wohl zueinander in einem **gesellschaftsähnlichen Verhältnis**, haben aber zu ihrer in Verwaltungsangelegenheiten als juristische Person agierenden Gemeinschaft (sofern sie mit ihr keine Verträge schließen) keine Vertragsbeziehung.

In der E 5 Ob 76/12f (immolex 2012/110 [Limberg] = ZVR 2013/221 [Huber]), die ebenfalls die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten durch die Eigentümergemeinschaft betraf, hielt der Fachsenat daran fest. Eine Haftung der Eigentümergemeinschaft für Handlungen und Unterlassungen der Verwalterin ist zwar auch dann begründet, wenn die Schädigung durch andere Hilfspersonen erfolgte und diese weder nach § 1313 a ABGB noch nach § 1315 ABGB der juristischen Person zuzurechnen sind, dem Machthaber (Verwalter) jedoch ein Organisations-, Auswahl- oder ein Überwachungsverschulden zur Last zu legen ist. Ein derartiger Fall lag dort nicht vor; der Fachsenat sah es nur als diskussionswürdig an, ob nicht die Eigentümergemeinschaft als Trägerin sämtlicher Maßnahmen der Liegenschaftsverwaltung iSd § 18 Abs 1 WEG gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern eine über die gegenüber jedermann bestehende Verkehrssicherungspflicht hinausgehende, aus dem WEG ableitbare Verpflichtung treffe, für die gefahrlose Benutzung der Liegenschaft Sorge zu tragen. Aus einer derartigen **rechtlichen Sonderbeziehung** zwischen der Gemeinschaft und einzelnen Wohnungseigentümern könnte dann eine Haftung für den von der Gemeinschaft eingesetzten Gehilfen nach § 1313 a ABGB abgeleitet werden. Mangels darauf abzielenden Vorbringens war diese Frage allerdings nicht näher zu erörtern.

In der E 3 Ob 136/12i vertrat der 3. Senat die Auffassung, eine rechtliche Sonderbeziehung, die zu einem Einstehenmüssen der Eigentümergemeinschaft (oder der Verwalterin) nach § 1313 a ABGB für ihre Gehilfen beim Winterdienst führen würde, sei nicht erkennbar. Auch der 7. Senat hielt in der E 7 Ob 113/13p (wobl 2013/104) an der bloß deliktischen Haftung der Eigentümergemeinschaft ihren Mitgliedern gegenüber in Bezug auf die ihr im Rahmen der Verwaltung obliegenden Wegesicherungspflichten fest.

[Entscheidung des Fachsenats]

Nach der – inhaltlich weitgehend Satz 1 des § 13 c Abs 1 WEG 1975 entsprechenden (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 2 WEG Rz 27) – Bestimmung des § 2 Abs 5 Satz 2 WEG 2002 bilden alle Wohnungseigentümer zur Verwaltung der Liegenschaft die **Eigentümergemeinschaft**; sie ist juristische Person mit Rechtsfähigkeit in dem durch § 18 Abs 1 und 2 WEG umschriebenen Umfang. In Lit und Rsp

ist anerkannt, dass nach § 18 Abs 1 WEG 2002 der Eigentümergemeinschaft nicht Eigentümerrechte, sondern **Verwaltungsrechte** zugeordnet sind (RS0110931 [T 1]; Löcker in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴ § 18 WEG Rz 12; Feil/Friedl/Bayer, WEG § 18 Rz 10; Hochleitner, Verkehrssicherungspflichten in Wohnungseigentumsanlagen [2017] 14). Während beim schlichten Miteigentum Verwaltungshandlungen von der Mehrheit der Miteigentümer vorzunehmen sind (RS0011851), überträgt das WEG die Verwaltung an die Eigentümergemeinschaft. Der einzelne Wohnungseigentümer kann über die Willensbildung in der Eigentümergemeinschaft auf die Verwaltung Einfluss nehmen, darüber hinaus steht ihm im Fall von Gefahr in Verzug das Recht zur Schadensabwehr nach § 30 Abs 3 Satz 2 WEG 2002 zu. Wird er nicht von der Eigentümergemeinschaft zur Ausführung von Verwaltungshandlungen legitimiert, hat er an sich kein Recht auf Ausführung einer konkreten Verwaltungshandlung (Löcker, Die Wohnungseigentümergemeinschaft 81, 247 f; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 30 WEG Rz 14).

Bereits zum WEG 1975 vertrat der OGH die Auffassung, die Eigentümergemeinschaft trete – ausgenommen bei der Geltendmachung von Beitragsleistungen – **nur im Außenverhältnis** und daher nicht gegenüber Wohnungseigentümern auf. Aus diesem Grund verneinte er die Passivlegitimation der Eigentümergemeinschaft für die Durchsetzung von Individual- und Minderheitsrechten der Mit- und Wohnungseigentümer nach dem WEG 1975, was etwa die Durchsetzung von Minderheitsrechten betraf (Löcker in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht⁴ § 18 WEG Rz 80 mwN). Der Gesetzgeber des WEG 2002 griff diese Argumentation auf (ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 62 f) und ordnete den Mangel der Passivlegitimation der Eigentümergemeinschaft ausdrücklich gesetzlich an. Der Antrag eines Wohnungseigentümers auf Feststellung der Rechtswirksamkeit von Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft gem § 24 Abs 6 WEG 2002, auf Aufhebung eines Mehrheitsbeschlusses gem § 29 Abs 1 WEG und auf Entscheidung über die Durchführung von Maßnahmen gem § 30 Abs 1 WEG ist daher **gegen die übrigen Wohnungseigentümer** zu richten. Dieser unmissverständlichen gesetzlichen Anordnung liegt der Gedanke zugrunde, dass sich in den genannten Angelegenheiten der einzelne Wohnungseigentümer nicht an die Eigentümergemeinschaft, vertreten durch den Verwalter, sondern an die übrigen Wohnungseigentümer zu halten hat, die Eigentümergemeinschaft in diesen Angelegenheiten im Innenverhältnis daher nicht als eigenständiger Rechtsträger aufzutreten soll. Eine durchsetzbare Verpflichtung etwa zur Durchführung von Arbeiten iSd § 28 Abs 1 Z 1 WEG 2002 (vgl § 30 Abs 1 Z 1 WEG 2002) besteht nach der Gesetzeslage und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers (ErläutRV 989 BlgNR 21. GP 62 f) daher nicht gegenüber der Eigentümergemeinschaft als juristische Person, sondern nur gegenüber den anderen Wohnungseigentümern (s auch Löcker in Hausmann/Vonkilch⁴ § 18 WEG Rz 81 ff, der nur de lege ferenda für eine Passivlegitimation der Eigentümergemeinschaft auch in diesen Angelegenheiten plädiert).

In der E 5 Ob 272/09 z (RS0108020 [T 25]) sprach der Fachsenat zwar aus, die durch § 18 Abs 1 WEG der Eigentümergemeinschaft im bestimmten Umfang zugestandene Rechtspersönlichkeit müsse im Innenwie im Außenverhältnis gleichermaßen durchschlagen. Dort war allerdings die – ausschließliche – **Sachlegitimation** der Eigentümergemeinschaft zur Durchsetzung des Duldungsanspruchs nach § 16 Abs 3 Satz 2 WEG 2002 zu beurteilen und mit dem Argument zu bejahen, dass die Eigentümergemeinschaft auch die Entschädigungspflicht trifft. Eine allgemeine Aussage dahin, die Eigentümergemeinschaft als juristische Person sei allgemein aus einer rechtlichen Sonderbeziehung im Innenverhältnis den einzelnen Wohnungseigentümern gegenüber etwa zur Durchführung der Verwaltung verpflichtet, ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen.

[Zurechnung von Gehilfen]

Ausgangspunkt für die Frage der Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313 a ABGB an die Bekl hat zunächst der in stRsp (RS0028527) vertretene Grundsatz zu sein, dass § 1313 a ABGB ein bereits bestehendes Schuldverhältnis iS einer gegenüber bestimmten Personen bestehenden schuldrechtlichen Verpflichtung verlangt, mag diese im Einzelfall auf einem Gesetz, einem Rechtsgeschäft (Vertrag) oder einer erlittenen Beschädigung beruhen; soweit es sich um eine Verpflichtung handelt, die jemandem durch eine bestimmte Norm im Interesse der Allgemeinheit auferlegt wird, ist § 1313 a ABGB unanwendbar (vgl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 870 ff). Zu untersuchen ist daher, ob – entgegen der stRsp – tatsächlich auch zwischen der Eigentümergemeinschaft als solcher und den einzelnen Wohnungseigentümern eine **rechtliche Sonderbeziehung** dergestalt besteht, dass daraus eine Verpflichtung der Eigentümergemeinschaft zur Vornahme und/oder Unterlassung ganz konkreter Handlungen im Rahmen der ihr obliegenden Verwaltung abzuleiten ist. Nur unter dieser Voraussetzung könnte die Erfüllungsgehilfenhaftung des § 1313 a ABGB auch im Verhältnis der Eigentümergemeinschaft und den einzelnen Wohnungseigentümern bejaht werden.

In der öRsp fehlt es – abgesehen vom erwähnten obiter dictum zu 5 Ob 76/12 f – an einer ausdrücklichen Stellungnahme hierzu. Der dBGH lehnte Ersatzansprüche einzelner Wohnungseigentümer gegen die Eigentümergemeinschaft aufgrund von Pflichtverletzungen des Verwalters im Grundsatzurteil vom 8. 6. 2018, V ZR 125/17 ab. Ein Rückgriff auf deutsche Lehre und Rsp ist zur konkreten Problematik nur wenig hilfreich, weil der Eigentümergemeinschaft zwar auch nach deutschem Recht Rechtsfähigkeit im Innenverhältnis zukommt, die Befugnis zur Verwaltung dort aber den Wohnungseigentümern gemeinsam und dem Verwalter zusteht (vgl *Hochleitner*, Verkehrssicherungspflichten 14 unter Verweis auf § 21 Abs 1 dWEG).

Der von *Huber* und *Schauer* angestellte Vergleich der Eigentümergemeinschaft mit der Gesellschaft kann nicht restlos überzeugen; insb kann die Eigentümergemeinschaft eben nicht nur – wie eine Gesellschaft – durch Vertrag, sondern auch – dies sogar gegen den Willen einzelner Mitglieder – durch Richterspruch

(§ 3 Abs 1 Z 2 bis 4 WEG 2002) begründet werden und der Eigentümergemeinschaft kommt – anders etwa als einer GmbH (vgl §§ 66 ff GmbHG) – kein Recht zum Ausschluss einzelner Wohnungseigentümer zu. Das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander mag daher gesellschafterähnlich sein, es gründet sich aber nicht zwingend auf einen Vertrag. Das Entstehen der Eigentümergemeinschaft ist – im Gegensatz zum Entstehen einer Gesellschaft – vielmehr die im Gesetz angeordnete notwendige Rechtsfolge der Begründung des Wohnungseigentums.

Als Ausfluss dieses rechtlichen Konstrukts mag eine „rechtliche Sonderbeziehung“, die sich auf einzelne, speziell aus dem WEG ableitbare Rechte und Pflichten beschränkt (wie etwa die zu 5 Ob 272/09 z beurteilte Entschädigungspflicht nach § 16 Abs 3 WEG oder die Beitragspflicht der einzelnen Wohnungseigentümer), zu bejahen sein. Das WEG kennt aber keine gesetzliche Pflicht der Eigentümergemeinschaft einzelnen Wohnungseigentümern gegenüber, diesen allfällige Schäden aus mangelhaftem Winterdienst abzugelten. Eine spezielle Verpflichtung der Eigentümergemeinschaft zum Winterdienst könnte daher nur in einer auch im Innenverhältnis gegenüber den Wohnungseigentümern bestehenden allgemeinen gesetzlichen Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung wurzeln. Nur in diesem Fall könnte es sich überhaupt um eine Verpflichtung aus einem besonderen gesetzlichen Schuldverhältnis handeln. Eine allgemeine Verwaltungspflicht im Innenverhältnis ist aber mit der bisher hRsp zu verneinen. Das WEG nennt eine derartige Verpflichtung nicht, sondern überträgt in § 20 Abs 1 WEG 2002 dem Verwalter die Verwaltung der Liegenschaft und die nach außen unbeschränkbare Vertretung der Eigentümergemeinschaft. Unzukömmlichkeiten im Bereich der Verwaltung berechtigen nach dem System des WEG die einzelnen Wohnungseigentümer zur Ausübung ihrer Minderheitsrechte nach § 30 Abs 1 und 2 WEG, deren Adressat aber nicht die Eigentümergemeinschaft, sondern die anderen Wohnungseigentümer bzw (im Fall des § 30 Abs 1 Z 5 WEG 2002) der Verwalter ist. § 16 Abs 3 WEG ist eine ganz spezielle Norm und kann nicht als Grundlage einer allgemeinen Verpflichtung der Eigentümergemeinschaft zur umfassenden Verwaltung gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern herangezogen werden. Vergleichbares gilt für das von *Löcker* erwähnte gesetzliche Schuldverhältnis in Bezug auf rückständige Beitragsleistungen, die die Eigentümergemeinschaft einklagen kann. In diesem Rahmen mögen auf gesetzlicher Grundlage beruhende, nur im Verhältnis zwischen den Beteiligten entstehende Schuldverhältnisse zu bejahen sein. Sämtliche Handlungen des Verwalters oder der von ihm Beauftragten als der Eigentümergemeinschaft im Rahmen einer gesetzlichen Verpflichtung gegenüber den Wohnungseigentümern erbracht anzusehen, kann dies aber ebenso wenig rechtfertigen wie die von *Hochleitner/Pittl* (aaO 262 f) erwähnten Treuepflichten, die ebenso nur ganz eingeschränkte spezielle Bereiche (wie etwa die Abtretung von Ansprüchen iSd § 18 Abs 2 WEG 2002) betreffen.

Hier ist die Unterlassung einer witterungsbedingt gebotenen Streuung eines allgemeinen Teils der Wohnungseigentumsanlage zu beurteilen, somit eine **Ver-**

letzung der Verkehrssicherungspflicht. Diese Räum- und Streupflicht ist aber nicht Ausdruck einer spezifischen wohnungseigentumsrechtlichen Sonderbeziehung, sondern der allgemeinen Anordnung, grundsätzlich jedermann vor Gefahren auf einem Weg zu sichern, den man eröffnet. Die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Streuung der – nach den Feststellungen auch für Besucher oder fremde Personen benutzbaren – Fläche zwischen Hauseingang und Parkplatz besteht nicht nur gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern, sondern **gegenüber jedermann**. Eine unterschiedliche Ausgestaltung der Streupflicht gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern einerseits und Hausfremden andererseits ist aus dem Gesetz nicht begründbar. Der *erksEn* sieht daher auch unter Berücksichtigung der teilweise krit. Lehre keinen Anlass, von der bisher *hRsp* abzuweichen, wonach die Eigentümergemeinschaft ihren Mitgliedern gegenüber grundsätzlich nur deliktisch haftet und eine spezielle Verpflichtung zur Durchführung des Winterdienstes aus einer gesetzlichen Sonderverbindung mit den einzelnen Wohnungseigentümern nicht besteht. Damit scheidet die Zurechnung des Gehilfenverhaltens an die *Bekl* nach § 1313 a ABGB aus.

Daraus folgt, dass im Weiteren noch zu der vom *ErstG* (eher) bejahten Frage der Haftung der *Bekl* für ihren Repräsentanten Stellung zu nehmen ist.

[Repräsentantenhaftung]

Nach *stRsp* haften juristische Personen deliktisch nicht nur für ihre verfassungsmäßigen Organe, sondern auch für alle Personen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für eine juristische Person ausüben (1 Ob 625/78 [leitende Mitarbeiter einer Gemeinde]; 2 Ob 107/98 v [bauleitender Ingenieur einer Straßenbaustelle]; 2 Ob 291/03 p [Bereichsleiter Winterdienstunternehmen]; 6 Ob 108/07 m [mit der Organisation der Auslieferung betraute Personen]; RS0009113). Wesentlich dabei ist, dass nur für das Verhalten jener Personen als Repräsentanten einzustehen ist, die **mit eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnis** ausgestattet sind (RS0009113; 4 Ob 75/09 x). Der Wirkungskreis muss nicht dem ei-

nes Organs entsprechen (2 Ob 107/98 v; 4 Ob 75/09 x). Wer allerdings bloß untergeordnete Tätigkeiten ausübt, ist grundsätzlich nicht Repräsentant; für dessen deliktisches Verhalten hat die juristische Person nur nach § 1315 ABGB einzustehen (4 Ob 179/99 y).

Mit der Repräsentantenstellung eines Hausbesorger setzte sich der *FachsEnat* bereits zu 5 Ob 76/12 f auseinander. Danach steht ein Anstellungsverhältnis der Repräsentantenstellung des Hausbesorger für die Eigentümergemeinschaft nicht zwingend entgegen, wenn in Ansehung des Winterdienstes mit eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnis ausgestattet war. Dieser Fall liegt aber nur dann vor, wenn abweichend vom üblichen Inhalt eines **Hausbesorgerdienstvertrags** vereinbart wurde, dass der Hausbesorger seine Tätigkeit selbständig und eigenverantwortlich zu verrichten hat. Aus dem Umstand allein, dass die Eigentümergemeinschaft bzw der für sie handelnde Verwalter von ihrem aufgrund des Dienstverhältnisses bestehenden Weisungs- und Kontrollrecht tatsächlich nicht Gebrauch macht, ist noch nicht auf eine Repräsentantenstellung zu schließen, weil dann das Tatbestandsmerkmal der eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnis fehlt. An diesen Grundsätzen, die in der Lehre Zustimmung fanden (*Löcker* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴ § 18 WEG Rz 78; *Huber*, Glosse zu 5 Ob 76/12 f, ZVR 2013, 401 f), ist festzuhalten.

Davon ausgehend lassen die Feststellungen aber noch keine abschließende Beurteilung zu, was zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zwecks Verfahrensergänzung in erster Instanz führen muss. Die Feststellungen lassen offen, ob die Eigentümergemeinschaft bzw die für sie handelnde Verwalterin vielleicht doch **Weisungs- und Kontrollrechte** in Bezug auf den Winterdienst ausüben hätten können. Da gerade die Frage, ob der vom Hausmeister Beauftragte den Winterdienst tatsächlich selbständig und eigenverantwortlich führen sollte oder es aber nur durch faktisches Gewähren dazu kam, für die abschließende Beurteilung der Repräsentantenstellung für die Eigentümergemeinschaft relevant ist, waren die Entscheidungen zur Klarstellung dieser Frage – allenfalls nach einem ergänzenden Beweisverfahren – aufzuheben.

Hinweis:

Nach der hier (gekürzt) wiedergegebenen Entscheidung haftet die Eigentümergemeinschaft in Angelegenheiten der Verwaltung mangels eines vertraglichen Verhältnisses (oder einer vergleichbaren Sonderbeziehung) zum einzelnen Wohnungseigentümer für schädigende Handlungen oder Unterlassungen des Hausverwalters nur deliktisch (RS0114886). Diese deliktische Schadenersatzhaftung setzt iSd § 1296 ABGB ein Verschulden des Verwalters, dessen Verhalten der Eigentümergemeinschaft zugerechnet wird, voraus.

Martina Weixelbraun-Mohr

Anmerkung:

Erneut ist jemand ausgerutscht: Schon in 5 Ob 76/12 f (ZVR 2013, 398 [*Huber*]) war ein Mieter der entscheidungsgegenständlichen WE-Anlage gestürzt, weil der

Hausbesorger den Parkplatz im Winter nicht ordnungsgemäß gestreut hatte. Beide Verfahren hatten seine Zurechnung an die Eigentümergemeinschaft (EG) zu klären. Dass die EG gegenüber den Wohnungseigentümern (WE) für die gefahrlose Benützung der Liegenschaft zu sorgen hat, hatte der OGH in 5 Ob 76/12 f noch (obiter) für „durchaus diskussionswürdig“ erachtet. In der vorliegenden Entscheidung lehnt derselbe Senat die Sonderrechtsbeziehung hingegen ab und rechnet den Hausbesorger nicht als Erfüllungshelfen zu.

Die Zurechnung nach § 1313 a ABGB setzt eine gegenüber bestimmten Personen bestehende, nicht bloß im Interesse der Allgemeinheit liegende Verpflichtung des Schädigers voraus (RS0028527). Mangels Vertrags zwischen EG und WE könnte sich eine solche Verpflichtung – und damit Sonderbeziehung – nur aus



dem WEG ergeben (dafür *Huber*, ZVR 2013, 402). Die EG tritt aber idR nicht gegenüber den WE, sondern nur im Außenverhältnis auf – sie hat eine „Hilfsfunktion“ zur Wahrnehmung privater Interessen (*Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 26 Rz 7). Will ein einzelner WE Einfluss auf die Verwaltung nehmen, hat er keinen durchsetzbaren Anspruch gegenüber der EG, sondern muss an der gemeinschaftlichen Willensbildung teilnehmen. Die EG ist auch nicht Antragsgegnerin bei Anträgen zur Feststellung der Rechtsunwirksamkeit von Beschlüssen der EG nach § 24 Abs 6 WEG. Diese sind gegen die übrigen Miteigentümer zu richten (RS0109182).

Anhaltspunkte für gesetzliche Schuldverhältnisse zwischen der EG und ihren Mitgliedern finden sich zwar in § 16 Abs 3 Satz 2 WEG (Haftung der EG für im Zuge der Duldungspflicht des WE entstandene Schäden) und § 32 WEG (Beitragspflicht). Diese bloß punktuellen Verpflichtungen der EG begründen jedoch nach dem OGH keine allgemeine gesetzliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung gegenüber den WE. Bei bestehenden Missständen in der Verwaltung müssen WE ihre Minderheitsrechte nach § 30 Abs 1 und 2 WEG wahrnehmen, deren Adressat die übrigen WE (oder ausnahmsweise der Verwalter) sind. Wäre die EG dem Risiko ausgesetzt, bei Nichtvornahme einer von einem WE gewünschten Verwaltungsmaßnahme diesem schadenersatzpflichtig zu werden, wäre dies nicht mit den Wertungen des WEG vereinbar.

Abschließend untersucht der OGH die Zurechnung des Hausbesorgers als Machthaber der EG. Dies überrascht nicht: Die Repräsentantenhaftung hat seit ihrer Anerkennung eine bemerkenswerte Ausdehnung erfahren und wird heute oft als geeignet empfunden, die unbefriedigende Dichotomie von § 1313 a und § 1315 ABGB zu „entschärfen“ (*Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1295 Rz 56). Wurde anfangs noch ein der Organstellung nahekommender Wirkungsbereich gefordert (so 1 Ob 624/77 JBl 1978, 543), stufte der OGH auch schon einen Mitarbeiter eines Winterdienstunternehmens, dessen Aufgabe in der

Kontrolle der von seinen Kollegen vorgenommenen Räumung und Streuung lag, als Machthaber ein (2 Ob 291/03 p). Übt die Person hingegen bloß untergeordnete Tätigkeiten aus, so kann sie nicht Machthaber sein (4 Ob 179/99 y).

In der vorliegenden E führt der OGH allerdings seine in 5 Ob 76/12 f begründete Judikaturlinie fort, die zu einer Einschränkung des Machthaberbegriffs führt. Demnach komme es nicht auf eine bloß faktische Weisungs- und Kontrollfreiheit des Hausbesorgers an, sondern darauf, ob ihm der Dienstvertrag von vornherein eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis einräumt. Das formale Abstellen darauf, ob ein Hausbesorger nicht nur bloß faktisch, sondern auch rechtlich weisungs- und kontrollfrei agieren kann und darf, steht freilich mit der ursprünglichen Stoßrichtung der Machthaberhaftung in Widerspruch. Eine juristische Person soll ihr Haftungsrisiko nicht durch Auslagerung von Tätigkeiten der Organe auf andere leitende Personen ausschalten können (*M. Wilburg*, ZBl 1930, 729), womit Umgehungskonstruktionen verhindert werden. Wieso sollte sich die EG dann aber durch Vorabvereinbarung von Weisungs- und Kontrollrechten im Dienstvertrag des Hausbesorgers, die faktisch außer Acht gelassen werden, der Zurechnung eines Machthabers entziehen können? Diesfalls käme zwar grundsätzlich eine Haftung der EG wegen Überwachungsverschulden in Betracht (*Reischauer* in *Rummel*⁵ § 1315 Rz 2 a). Der Kausalitätsbeweis der Unterlassung von Kontrollen durch die EG oder den Verwalter wird jedoch für den Geschädigten idR schwer zu führen sein, insb wenn es bisher keine Beschwerden über den Winterdienst gab (5 Ob 76/12 f). Der Ersatzanspruch gegen die EG sollte daher mE nur davon abhängen, ob der Hausbesorger die Besorgung des Winterdienstes eigenverantwortlich entscheiden kann. Ob er dies aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung oder „nur“ wegen seiner faktischen Stellung tut, ist hingegen unbeachtlich.

Felix Artner,
WU Wien



→ Feststellungsmängel im Verfahren vor dem GeschworenenG

§ 345 Abs 1 Z 6, 11 und 12 StPO (§ 281 Abs 1 Z 9 und 10, §§ 312 ff StPO)

Die Erörterung aller aus den Verfahrensergebnissen resultierenden Rechtsfragen ist durch die Vorschriften über die Fragestellung sichergestellt. Die

Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen, auf dem Wahrspruch der Geschworenen beruhenden U wurde Dalibor M des Verbrechens des Mordes nach §§ 15, 75 StGB schuldig erkannt. Danach hat er in der Nacht zum 9. 10. 2016 in G seinen Vater Juro M vorsätzlich zu töten versucht, indem er ihn zu Boden stieß und ihm bis zu dessen Bewusstlosigkeit zunächst acht bis zehn wuchtige Faustschläge gegen dessen Kopf und Gesicht sowie dann zwei wuchtige, gezielte Fußtritte in den „seitlichen Oberkörper“ und ins Gesicht versetzte, wobei er

zu § 281 Abs 1 Z 9 und 10 StPO entwickelte Judikatur zu Feststellungsmängeln ist daher auf Rügen gem § 345 Abs 1 Z 11 und 12 StPO nicht übertragbar.

erst über Intervention des hinzukommenden Slavko K damit aufhörte, sodass die Tatvollendung scheiterte. Die Geschworenen haben die anklagekonforme Hauptfrage bejaht und die in Richtung des Verbrechens der absichtlichen schweren Körperverletzung nach § 87 Abs 1 StGB und jenes der schweren Körperverletzung nach § 84 Abs 4 StGB gestellten Eventualfragen unbeantwortet gelassen.

Der OGH hat die aus § 345 Abs 1 Z 4, 5, 6, 10 a und 12 StPO ergriffene NB des Angekl zurückgewiesen. →

EvBI 2020/27

§ 345 Abs 1 Z 6, 11 und 12 StPO (§ 281 Abs 1 Z 9 und 10, §§ 312 ff StPO)

OGH 3. 9. 2019, 14 Os 83/19 s (LGSt Graz 180 Hv 10/19 b)

Die Entscheidung zeigt instruktiv Unterschiede zur Anfechtung von U der SchöffenG und ER.