

Verwalter im Beschluss- anfechtungsverfahren

- ausgesuchte Fragen in Stichworten -

Münsteraner Verwalterkonferenz 2005
21. und 22. Januar 2005



Richter am Amtsgericht Dr. Oliver Elzer
Stand 23.1.2005

Inhaltsverzeichnis

I. Vermeidung von Beschlussanfechtungen ~ häufige Fehler	7
1. Vorbereitung der Eigentümerversammlung	7
a. Sorgfältige Auswahl des Ortes für die Eigentümerversammlung	7
b. Sorgfältige Bestimmung des Zeitpunktes der Eigentümerversammlung	7
c. Ordnungsmäßige Führung und ständige Aktualisierung der Eigentümerliste	7
d. Aufstellung der Tagesordnung	7
aa. Tagesordnungspunkte des Verwalters	7
bb. Tagesordnungspunkte der Eigentümer	7
e. Ordnungsmäßige Bestimmung der Beschlussgegenstände	7
aa. Ordnungsgemäße Ankündigung von Beschlussvorlagen	8
bb. Widersprüchliche Beschlüsse	8
cc. Bestimmtheit von Beschlüssen	8
f. Rechtzeitige und fristgemäße Versendung der Einladung	8
g. Ankündigung der Tagesordnungspunkte	8
h. Verhalten des Verwalters vor der Versammlung	9
aa. Umfassende Auskünfte an alle Eigentümer	9
bb. Transparenz aller Entscheidungen	9
cc. Professionelle Gesprächsführung gegenüber den Eigentümern	9
dd. Enge Abstimmung mit dem Verwaltungsbeirat	9
i. Weitere, wichtige Vorbereitungsleistungen	9
aa. Herausarbeiten streitiger Tagesordnungspunkte	10
(1) Umfang der rechtlichen Beratung	10
(2) Fassung der Niederschrift	10
(3) Feststellung eines Beschlusses	11
(4) Durchführung eines Beschlusses	11
(5) Mögliche Folgenbeseitigungsansprüche	11
bb. Feststellung des Beschlussergebnisses	11
(1) Ausgangspunkt <i>BGH ZMR 2001, 809 ff</i> [Beschlussergebnis]	11
(2) Nicht ordnungsmäßige oder nichtige Beschlüsse	11
(aa) Feststellung nichtiger Beschlüsse	12
(bb) Feststellung ordnungswidriger Beschlüsse	12

(cc) Schwebend unwirksame Beschlüsse	12
(dd) Erkennbarkeit der Nichtigkeit	13
(ee) Roadmap	14
2. Durchführung der Eigentümerversammlung.....	15
a. Schaffung einer „günstigen Atmosphäre“ (Ort, Zeit, Raum, Stimmung etc)	15
b. ggf professionelle Streitschlichter in die Versammlung „implementieren“	15
c. Vermeidung formeller, stets dem Verwalter anzulastender Fehler.....	15
d. Vermeidung von Ermessensfehlern	15
aa. Ermessensnichtgebrauch.....	15
bb. Ermessensüberschreitung	15
cc. Ermessensfehlgebrauch.....	15
e. Notwendige Klärungen für ein mögliches Anfechtungsverfahren.....	15
f. Verfahrensvollmacht für Verwalter.....	16
aa. Ausgangspunkt: Neutralitätspflicht.....	16
bb. Keine Pflicht zur Verfahrensführung	17
cc. Interessenskollisionen	17
dd. Auswirkungen für Raumeigentümer	18
II. Die Aufgaben des Verwalters nach der Eigentümerversammlung	20
1. Rasche und genaue Fertigung der Niederschrift.....	20
2. Versendung der Niederschrift an alle Anfechtungsberechtigten.....	20
3. Ggf Nachfrage bei Gericht, ob eine Beschlussanfechtung bekannt ist.....	20
4. Durchführung angefochtener Beschlüsse	20
a. Grundsatz: Durchführungspflicht.....	20
b. Ausnahme: Nichtige Beschlüsse.....	21
c. Problem: Zweifel.....	22
d. Haftung gegenüber Dritten?.....	22
aa. Vertreter ohne Vertretungsmacht + Freistellungsanspruch	23
bb. Anscheinsvollmacht.....	23
cc. § 122 BGB analog	23
dd. § 32 FGG analog.....	23
III. Das Beschlussanfechtungsverfahren.....	24
1. Außergerichtliche Streitschlichtung und Mediation	24
2. Anwendbares Recht: §§ 43 ff WEG iVm dem FGG, subsidiär ZPO.....	24
3. Verfahrensgrundsätze des wohnungseigentumsrechtlichen Verfahrens.....	24

a. Zuständigkeit	24
b. Verfahrensordnung: § 43 Abs. 1 WEG	24
c. Frist	25
d. Rechtsschutzbedürfnis	25
e. Beteiligte	26
4. Mögliche Verfahrensgegenstände	26
a. Rechtsgestaltung = Gestaltungsbeschluss	26
b. Rechtsgestaltung + Leistungsantrag	26
c. Feststellungsanträge	27
aa. Beschlussnichtigkeit	27
bb. Weitere Feststellungsanträge	27
5. Eingang des Anfechtungsschriftsatzes: Reaktion des Gerichts	29
a. Gründliches Durcharbeiten und erste Hinweise	29
b. Kostenvorschuss	29
aa. Grundsatz	29
bb. Ausnahme	30
cc. Folgen bei Nichtzahlung:	30
6. Ladung der Beteiligten zum Termin	31
a. Zustellung an Verwalter	31
b. Raumeigentümer	31
c. Verwalter	32
7. Verfahrensverbindung	32
8. Einschaltung eines Rechtsanwaltes: Pflicht oder Recht?	33
a. Rechtsanwalt für die Eigentümer	33
b. Rechtsanwalt für Verwalter	33
c. Gemeinsamer Rechtsanwalt?	33
9. Der Schriftsatz des Wohnungseigentumsverwalters	33
a. Zusammenarbeit mit Verwaltungsbeirat	33
b. Inhalt des Schriftsatzes	33
aa. Emotionslos/Sachlich/informativ/distanziert /ruhig	33
bb. Ankündigung eines Antrages	33
bb. Anlagen	33
dd. § 44 Abs. 3 WEG	33
10. Kontaktaufnahme mit Gericht vor dem Termin?	34
11. Der Termin	34
a. Aufruf der Sache	34

b. Auftreten	34
c. Stellung der Anträge	34
d. Sach- und Streitstand umfassend erörtern	34
e. Bitte, Schriftsatzfrist nachzulassen	34
f. Ggf Auflagen des Gerichts.....	34
g. Weitere Termine/Beweisaufnahme.....	34
h. Gericht mahnen?.....	34
i. Verfahrenshandlungen.....	34
aa. Der Verwalter ohne die Befugnisse des § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG.....	34
bb. Der „ermächtigte“ Verwalter.....	34
12. Wechsel des Verwalters im Verfahren	35
a. Der Verwalter ohne die Befugnisse des § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG.....	35
b. Der „ermächtigte“ Verwalter, s etwa OLG Köln NJW-RR 2004, xx	35
c. Der Verwalter, dessen eigene Interessen betroffen sind.....	35
13. Der Beschluss des Gerichts	35
a. Entscheidung Wohnungseigentümern zustellen.....	35
b. Beschluss sorgfältig durcharbeiten: Bereits jetzt Konsequenzen für weitere Arbeit.....	35
c. Rechtsmittel? Vorsorgliche Einlegung?.....	35
d. Beschluss ggf zum Gegenstand der nächsten Eigentümerversammlung machen	35
e. Kosten	35
IV. Der Verwalter als Anfechtender	37
1. Eigenes Anfechtungsrecht des Verwalters	37
2. Anfechtungspflicht des Verwalters aus Verwaltervertrag?	37
3. Nochmals: Rechtsanwalt für Verwalter/Rechtsanwalt für Gemeinschaft?	37
4. Nochmals: Zustellungsvollmacht?.....	37
5. Sonderfall Anfechtung der Bestellung	37
a. Eigenes Anfechtungsrecht, <i>BGH ZMR</i> 2002, 766 ff [Anfechtungsrecht]	37
b. Interessenskollision: § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG; Information des Gerichts.....	37
c. Materiell Beteiligter; keine Vertretung der Wohnungseigentümer.....	37
d. Anfechtung der Bestellung und weiterer Beschlüsse.....	37
V. Rechtsmittel.....	38
1. Beschwerdegericht: Landgericht	38
2. Zulässiges Rechtsmittel, §§ 45 Abs. 1 WEG iVm §§ 19 FGG	38

3. Rechtsmittelschrift.....	38
4. Frist, § 22 Abs. 1 FGG.....	38
5. Bundesgerichtshof, § 28 Abs. 3 WEG.....	39
VI. Nach der Entscheidung	40
1. Entscheidung auswerten	40
2. 10 Abs. 3 WEG; Beschlussammlung.....	40
3. Kosten, § 16 Abs. 5 WEG; Jahresabrechnung	40
4. Problem: Durchführung des Beschlusses.....	40
a. Rückabwicklung ~ Folgenbeseitigungsanspruch	40
b. Ggf Beschluss jetzt durchführen	40
5. Beachtung der Entscheidung für künftiges Verhalten, § 10 Abs. 3 WEG	40
VII. WEG - Reformgesetz	41
1. Neuheiten im Beschlussanfechtungsverfahren.....	41
2. Insbesondere: § 45 WEG nF (Anfechtungsklage).....	41
a. Neue Fassung	41
b. Folgerungen	41

I. Vermeidung von Beschlussanfechtungen ~ häufige Fehler

Das aus Sicht des Verwalters, aber auch der Gemeinschaft beste Beschlussanfechtungsverfahren ist das vermiedene Anfechtungsverfahren. Da von einem gewerblich tätigen Verwalter erwartet werden kann, dass er die formalen Anforderungen der Vorbereitung und Durchführung einer Eigentümerversammlung kennt, verletzt dieser bei einem Formfehler regelmäßig seine Pflichten aus dem Verwaltervertrag und haftet den Eigentümern gemäß § 280 Abs. 1 BGB für vermutetes Verschulden (*Häublein ZMR 2004, 723*).

Verwalter müssen sich deshalb intensiv auf eine Eigentümerversammlung vorbe-
reiten und diese anschließend sorgfältig durchführen. Die Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung und Entwicklung der Lehre ist dazu – jedenfalls derzeit – unabdingbar. Weitere, nicht rechtliche Voraussetzungen sind zB wirtschaftliche Kenntnisse, Offenheit und Kenntnis von Kommunikationstechniken.

Siehe zu den Fragen der Durchführung und Vorbereitung etwa *Häublein ZMR 2004, 723*.

1. Vorbereitung der Eigentümerversammlung

- a. Sorgfältige Auswahl des Ortes für die Eigentümerversammlung
- b. Sorgfältige Bestimmung des Zeitpunktes der Eigentümerversammlung
- c. Ordnungsmäßige Führung und ständige Aktualisierung der Eigentümerliste
- d. Aufstellung der Tagesordnung
 - aa. Tagesordnungspunkte des Verwalters
 - bb. Tagesordnungspunkte der Eigentümer
- e. Ordnungsmäßige Bestimmung der Beschlussgegenstände

- aa. Ordnungsgemäße Ankündigung von Beschlussvorlagen
- bb. Widersprüchliche Beschlüsse
- cc. Bestimmtheit von Beschlüssen

Siehe dazu zB *OLG Düsseldorf ZMR 2004, 282*: Eigentümerbeschlüsse müssen bestimmt sein, da sie auch für Sondernachfolger gelten sollen. Sie wirken auch ohne Eintragung in das Grundbuch wie Grundbucheintragungen für und gegen sie, § 10 Abs. 3, Abs. 4 WEG. Es besteht daher wie bei der Gemeinschaftsordnung ein Interesse des Rechtsverkehrs, die durch die Beschlussfassung eingetretenen Rechtswirkungen der Beschlussformulierung entnehmen zu können. Die Beschlüsse sind deshalb „aus sich heraus“ - objektiv und normativ - auszulegen. Umstände außerhalb des protokollierten Beschlusses dürfen nur heran gezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind, zB weil sie sich aus dem - übrigen - Versammlungsprotokoll ergeben. Ein widersprüchlicher Beschluss ist nicht nur anfechtbar, sondern nichtig. Dies gilt auch, wenn der Beschluss unklar und zu unbestimmt ist.

- f. Rechtzeitige und fristgemäße Versendung der Einladung

Rechtzeitige Versendung der Einladung an **alle Eigentümer**, zB auch die wendenden bzw die Mitglieder der neben der entstandenen WEG weiter bestehenden faktischen WEG (siehe dazu etwa *OLG Köln ZMR 2004, 859, 860*)

- g. Ankündigung der Tagesordnungspunkte

Die Bezeichnung eines Tagesordnungspunktes in der Einladung muss so gewählt sein, dass die Raumeigentümer verstehen und überblicken können, was

in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erörtert und beschlossen werden soll und welche Auswirkungen der vorgesehene Beschluss insoweit auf die Gemeinschaft und sie selbst hat (Grundsatz: schlagwortartig, s zB *BayObLGZ* 2004, 31). Dies bedeutet nicht, dass der Beschlussgegenstand in allen Einzelheiten beschrieben werden muss. Es soll nur sichergestellt werden, dass die Raumeigentümer vor Überraschungen geschützt sind und sie sich auf die Versammlung vorbereiten können. Es ist nicht erforderlich, dass der jeweilige Eigentümer aus der Ladung von vornherein sämtliche Einzelheiten des Gegenstandes übersehen und die Auswirkung eines etwaigen Beschlusses in jeder Beziehung erkennen können muss. In der Regel genügt eine schlagwortartige Bezeichnung. Der Inhalt der Bezeichnung ist von der Bedeutung des Beschlussgegenstandes abhängig und richtet sich nach dem Informationsbedürfnis der Raumeigentümer: Je bedeutsamer der Gegenstand der Beschlussfassung ist, desto genauer ist er in der Einladung zu bezeichnen. Kriterien für die jeweils im Einzelfall vorzunehmende Abwägung:

- Einfacher Sachverhalt?
- Vorbefassung?
- Laufendes Gerichtsverfahren?
- Schwerwiegender Beschluss?

h. Verhalten des Verwalters vor der Versammlung

- aa. Umfassende Auskünfte an alle Eigentümer
- bb. Transparenz aller Entscheidungen
- cc. Professionelle Gesprächsführung gegenüber den Eigentümern
- dd. Enge Abstimmung mit dem Verwaltungsbeirat

i. Weitere, wichtige Vorbereitungsleistungen

aa. Herausarbeiten streitiger Tagesordnungspunkte

Der Verwalter muss rechtzeitig vor **der Versammlung** – spätestens an Hand der Tagesordnung – **präventiv** herausarbeiten, welche Punkte in der Versammlung voraussichtlich streitig werden könnten und warum. Eine solche sorgfältige Vorbereitung hat **große Bedeutung** zB für folgende Punkte:

(1) Umfang der rechtlichen Beratung

- Ob ein Punkt streitig ist, hat große Auswirkungen auf den Umfang der rechtlichen Beratung, die der Verwalter den Raumeigentümern geben muss: Dem Verwalter obliegen aus seinem Vertrag gegenüber jedem einzelnen Raumeigentümer Aufklärungs-, Beratungs- und Obhutspflichten, (s etwa *Riecke/Vogel ZfIR 2002, 1029, 1030; Wenzel WE 1998, 455, 457; Gottschalg DIV 1995, 16, 17*). Um zu klären, wie ein Tagesordnungspunkt rechtlich einzuschätzen ist, sind vom Verwalter ggf Informationen durch einen Rechtsanwalt einholen. Diese Information kann auf Kosten der Eigentümer erfolgen, soweit die vertragliche Situation des Verwalters dies zulässt (so auch *Wenzel WE 1998, 455, 457; Müller WE 1994, 7*). Notfalls sollte der Verwalter zur Vermeidung von Haftungsrisiken aber auch eine Beratung auf eigene Kosten in Kauf nehmen (das halte ich für den Regelfall).
- Bei Verletzung einer Beratungspflicht droht ein Schadensersatzanspruch (*BayObLG WE 1991, 198,199; Gottschalg NZM 2001, 113, 116*).

(2) Fassung der Niederschrift

- **Fassung der Niederschrift** (umfangreiche Darstellung des Abstimmungsverhaltens für die Abwendung möglicher Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter bzw für solche von Eigentümern untereinander)

- (3) Feststellung eines Beschlusses
- (4) Durchführung eines Beschlusses
- (5) Mögliche Folgenbeseitigungsansprüche

bb. Feststellung des Beschlussergebnisses

Der Verwalter muss vor der Versammlung – soweit möglich klären – ob er bereit ist, **jedes Beschlussergebnis festzustellen**

(1) Ausgangspunkt *BGH ZMR 2001, 809 ff* [Beschlussergebnis]

- Feststellung und Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Leiter der Eigentümerversammlung kommt grundsätzlich **konstitutive Bedeutung** zu. Es handelt sich im Regelfall um eine Voraussetzung für das **rechtswirksame Zustandekommen** eines Eigentümerbeschlusses.

(2) Nicht ordnungsmäßige oder nichtige Beschlüsse

- Probleme entstehen, wenn der Verwalter einen zu erwartenden Beschluss für nicht ordnungsmäßig oder nichtig hält. Ungeklärt ist, ob in diesem Falle eine Feststellung des Beschlussergebnisses – ungeachtet den der Gemeinschaft in jedem Falle mitzuteilenden Bedenken des Verwalters – eine Schadensersatzpflicht auslösen kann. Zu unterscheiden ist mE dazu zwischen **nichtigen** und **anfechtbaren Beschlüssen**. Eine Haftung für eine

Beschlussfeststellung kommt – wenn überhaupt – wohl nur bei einem nichtigen Beschluss in Betracht.

(aa) Feststellung nichtiger Beschlüsse

Da für einen nichtigen Beschluss nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG **keine Pflicht** besteht, ihn durchzuführen (*Riecke/Vogel ZfIR 2002, 1029; Bielefeld DWE 2000, 140; Wenzel WE 1998, 455*), kann seine **bloße Feststellung** keinen Schadensersatzanspruch auslösen. ME **muss** er aber auch nicht festgestellt werden. Nach Ansicht von *Deckert* und *Häublein* **darf** er nicht festgestellt werden. **Mir** geht das zu weit.

(bb) Feststellung ordnungswidriger Beschlüsse

Bloß anfechtbare Beschlüsse **sind** hingegen **stets festzustellen** (aA *Kümmel/von Seldeneck GE 2002, 382* und *Bub*). Weigert sich der Verwalter pflichtwidrig, einen nur nicht ordnungsmäßigen Beschluss festzustellen, macht er sich **schadensersatzpflichtig**. Die Feststellung eines bloß ordnungswidrigen, aber nicht nichtigen Beschlusses (zB Verstoß gegen §§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG [siehe dazu *Gottschalg FGPrax 2004, 212, 213*] oder ein erkennbar (ggf evident) nicht ordnungsmäßiger, zB ermessenfehlerhafter, Beschluss kann **keinen Haftungsanspruch** auslösen; wenn bereits die Durchführung eines bloß ordnungswidrigen Beschlusses keine Haftung auslöst, dann erst Recht nicht seine (vorherige) Feststellung.

(cc) Schwebend unwirksame Beschlüsse

Nach Ansicht des BGH (ZMR 2004, 438, 442 [Parabolantenne] gibt es schwebend unwirksame Beschlüsse. ME sind auch **schwebend unwirk-**

same Beschlüsse – also solche, die in den Kernbereich des Eigentums eingreifen, aber verzichtbare Individualrechte betreffen (*BGH ZMR 2004, 438, 442* [Parabolantenne] in Anschluss an *Becker ZWE 2002, 341, 344* und *Buck S. 77*) – zwar **festzustellen**. Sie sind zunächst aber, ohne dass sich der Verwalter haftbar macht, nicht durchzuführen. Der Verwalter sollte durch Fristsetzung eine Klärung durch den betroffenen Eigentümer herbeiführen und ggf auf Feststellung klagen. Es wäre unzutraglich, dass der betroffene Eigentümer entsprechende Beschlüsse dauerhaft „in der Schwebe“ hält.

(dd) Erkennbarkeit der Nichtigkeit

Fraglich kann immer sein, ob der Verwalter eine Nichtigkeit stets erkennen kann und welche Beschlüsse überhaupt nichtig sind. Das WEG kennt jenseits von § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG keine allgemeine Bestimmung über die Nichtigkeit von Beschlüssen. Überblick:

- Beschlüsse, die gegen zwingendes Recht – des WEG oder des BGB (etwa §§ 134, 138 BGB oder Treu und Glauben nach § 242 BGB, *KG ZMR 1997, 487*), ggf auch anderer Vorschriften (zB § 56 Satz 2 ZVG) – verstoßen, § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG
- Beschlüsse, die das nicht zwingende Gesetz oder eine Vereinbarung ändern (fehlende Beschlusskompetenz)
- Beschlüsse die gegen den Kernbereich der Mitgliedschaft verstoßen (*KG ZMR 1997, 487*)
- ggf Beschlüsse, die unbestimmt sind (*OLG Düsseldorf ZMR 2004, 282, 284; BayObLG WuM 1999, 179; WE 1995, 245*); diese können aber auch bloß anfechtbar sein (*BayObLG Beschl. v. 27.10.2004, 2Z BR 214/04*)

- ggf Beschlüsse, die widersprüchlich sind
- Beschlüsse zu Lasten Dritter (*BGH* WE 1987, 128)
- Beschlüsse, die nicht durchführbar sind
- Beschlüsse, die einen Anspruch außerhalb des Gesetzes begründen
- Beschlüsse, die nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen (*Kümmel/von Seldeneck* GE 2002, 382; *Häublein* ZWE 2001, 2, 5)?
- so genannte Anwendungsbeschlüsse (*AG Neukölln* ZMR 2002, 474; *Häublein* ZMR 2002, 475, 476)?

(ee) Roadmap

- Versicherungsschutz
- ggf versuchen, Abstimmung zu verhindern (**Deckert** ZMR 203, 153, 156), jedenfalls aber verschieben und erneut zu beschließen?
- wenn eine Abstimmung in jedem Falle gewünscht ist, jedenfalls eine umfangreiche Aufklärung und Beratung auch im Hinblick auf eine mögliche Nichtigkeit (vgl *Müller* WE 1994, 7; *Röll* WE 1993, 100; *Hörmann* WE 1993, 156) durch den Verwalter – der sich ggf selbst vorher anwaltlich versichert hat. Eine Haftung scheidet dann mE aus (aA *Kümmel/von Seldeneck* GE 2002, 382, 384: Der Verwalter darf nur einen ordnungsmäßigen Beschluss verkünden)
- ggf Feststellung verweigern: Nichtige Beschlüsse [+], anfechtbare Beschlüsse [-], schwebend unwirksame Beschlüsse [-]
- Im Zweifel Versammlungsleitung kurzfristig abweichend von § 24 Abs. 5 WEG durch Beschluss zB auf ein Mitglied des Verwaltungsbeirats oder einen Eigentümer der Mehrheit übertragen

(*Riecke* WE 2004, 14, 15; *Kümmel/von Seldeneck* GE 2002, 382, 384). Dieser Weg erscheint sachgerechter, als die Feststellung zu verweigern und die Eigentümer auf die Feststellungsklage zu verweisen (*Kümmel/von Seldeneck* GE 2002, 382). Die dadurch verursachten Kosten können mE im Einzelfall dem Verwalter angelastet werden.

- In jedem Falle sollten in der Niederschrift der Ablauf der Verhandlungen festgehalten werden, und mE auch wer wie abgestimmt hat (vgl. *Hogenschurz* MietRB 2004, 291, 292): Diese Beurkundungen sind wichtig für einen eventuellen Folgenbeseitigungsanspruch (Gegner sind die für eine Maßnahme stimmenden Eigentümer) sowie für einen möglichen Schadensersatzanspruch (siehe *BayObLG* WE 1995, 92; NJW-RR 1988, 1169; *Gottschalg* NZM 2001,113)
- Der Verwalter sollte das Gericht ggf auf einen umfassenden Tenor (Feststellung eines wirksamen Beschlusses) erinnern.

2. Durchführung der Eigentümerversammlung

- a. Schaffung einer „günstigen Atmosphäre“ (Ort, Zeit, Raum, Stimmung etc)
- b. ggf professionelle Streitschlichter in die Versammlung „implementieren“
- c. Vermeidung formeller, stets dem Verwalter anzulastender Fehler
- d. Vermeidung von Ermessensfehlern
 - aa. Ermessensnichtgebrauch
 - bb. Ermessensüberschreitung
 - cc. Ermessensfehlgebrauch
- e. Notwendige Klärungen für ein mögliches Anfechtungsverfahren

- Klären, **ob und welche** Vorgaben die Raumeigentümer für den Fall einer Beschlussanfechtung machen
- Klären, ob ggf eine **Feststellungsklage** mit dem Inhalt erhoben werden soll, festzustellen, dass ein Beschluss ordnungsmäßig bzw nichtig ist
- Klären, ob ggf für einen anfechtenden Eigentümer der **Kostenvorschuss** bezahlt werden soll. **Problem:** Kosten können nach § 16 Abs. 5 WEG **nicht** aus allgemeinen Haushalt genommen werden (*BayObLG* GE 2004, 1596, 1597 = *ZMR* 2004, 763; *BayObLGZ* 1976, 223, 226).
- Klären, welche Vorgaben die Eigentümer für die **Durchführung** angefochtener Beschlüsse machen
- Klären, ob ein Rechtsanwalt eingeschaltet werden soll
- Klären, ob vorsorglich ein Rechtsmittel eingelegt werden soll
- Verfahrensvollmacht klären
- Klären bzw vorbereiten: Anerkenntnis, Aufrechnung, Vergleich etc
- Klären, ob zur Heilung vom Verwalter **verschuldeter Formfehler** eine weitere Versammlung stattfinden soll (*Deckert* WE 1996, 326, 328)

f. Verfahrensvollmacht für Verwalter

aa. Ausgangspunkt: Neutralitätspflicht

- Problematisch ist, ob der Verwalter das Beschlussanfechtungsverfahren für die Eigentümer als Bevollmächtigter – eine Verfahrensstandschaft scheidet aus – führen sollte. Aus seiner **Neutralitätspflicht** (s dazu *BayObLG* *ZMR* 2002, 62, 63 und *Jennißen* *NJW* 1998, 2253, 2254) auch gegenüber den anfechtenden Raumeigentümern halte ich es für geboten, dass der Verwalter grundsätzlich die **Verfahrensführung ablehnt**.

bb. Keine Pflicht zur Verfahrensführung

- Die Verfahrensführung ist sicher kein Gegenstand der Pflichten eines Verwalters aus § 27 WEG, kann ihm freilich **entsprechend** § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG übertragen werden. § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG gilt hM nach entsprechend auch im Beschlussanfechtungsverfahren (*BayObLG ZMR 2002, 62, 63; WuM 1997, 396; BayObLGZ 1988, 287, 289; Staudinger/Bub § 27 WEG Rn 293*). Ein Beschluss, der dem Verwalter eine Verfahrensvollmacht einräumt, entspricht auch ordnungsmäßiger Verwaltung iS von § 21 Abs. 3 WEG (*BayObLG ZMR 2002, 62, 63*). Denn er dient dazu, die Interessen der Raumeigentümer, die sich nicht aktiv an rechtlichen Auseinandersetzungen mit Miteigentümern oder Dritten beteiligen wollen, wahrzunehmen und zu koordinieren. Für einen solchen Beschluss genügt also die einfache Stimmenmehrheit, falls nicht eine Vereinbarung etwas anderes festlegt (*BayObLG ZMR 2002, 62, 63*).

cc. Interessenskollisionen

- Eine Einschränkung für eine Verfahrensführung folgt aber jedenfalls bei **Interessenskollisionen**. Eine Verfahrensvertretung scheidet zB aus, wenn sich ein Individualanspruch eines Raumeigentümers sowohl gegen die Gemeinschaft als auch gegen den Eigentumsverwalter selbst richtet (*KG ZMR 1997, 541 = WuM 1997, 578 = WE 1998, 64*). Das ist etwa im Falle der Anfechtung der Bestellung der Fall. Im Einzelfall kann es auch zu Konflikten kommen, wenn der Verwalter – einseitig und sich unmittelbar in das gerichtliche Verfahren einschaltend – die **Interessen einer Eigentümergruppe** (zB der Mehrheit) wahrnimmt und dadurch gegen seine Neutralitätspflicht verstößt (*KG ZMR 2001, 659; Jennißen NJW 1998, 2253, 2254; Deckert*

WE 1991, 351, 353). Die Vollmacht des Verwalters bleibt zwar auch bei einer Interessenskollision bestehen. Mittelbare Folgen können aber sein:

- ggf ein Schadensersatzanspruch
- ggf ist der Vollmachtsbeschluss anfechtbar
- ggf „schafft“ der Verwalter eine Grundlage für eine Kündigung aus wichtigem Grund, s zB *BayObLG* ZMR 2002, 62, 63:

Der **Ermächtigungsbeschluss** kann Anlass zur Prüfung sein, ob wegen zerstörten Vertrauensverhältnisses der Raumeigentümer zum Verwalter ein **wichtiger Grund zu dessen Abberufung** gegeben ist (*BayObLG* NJW-RR 2000, 676 = ZMR 2000, 321; 1999, 400). Dafür kommt auch eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses zu einzelnen Eigentümern oder einer Gruppe von ihnen in Betracht (*BayObLGZ* 1998, 310, 312 = ZMR 1999, 269).

dd. Auswirkungen für Raumeigentümer

- Macht der Verwalter gerichtlich Ansprüche im Innenverhältnis der Raumeigentümer geltend macht, vertritt er die Eigentümergemeinschaft mit Ausnahme des Antragsgegners (*BGH* ZMR 1998, 789; *OLG Zweibrücken* WE 1987, 88). So wenig ein Eigentümer zugleich Schuldner und Gläubiger derselben Forderung sein kann, so wenig kann er zugleich Antragsteller und Antragsgegner sein. Die durch die gemeinschaftliche Beauftragung entstehenden Kosten fallen nur den Eigentümern zur Last, denen sie durch gerichtliche Entscheidung auferlegt sind (*BayObLG* ZMR 2002, 62, 63; NJW-RR 1992, 1431, 1432).
- Auch das Recht des einzelnen Raumeigentümers, in einem bestimmten gerichtlichen Verfahren selbst aufzutreten und einen eigenen Verfahrensbe-

vollmächtigten zu bestellen, wird durch die Vollmacht des Verwalters allerdings nicht eingeschränkt (*BayObLG ZMR 2002, 62, 63*).

II. Die Aufgaben des Verwalters nach der Eigentümerversammlung

1. Rasche und genaue Fertigung der Niederschrift

- Materielle Anfechtungsfrist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG, *BGH ZMR* 1998, 44: Die Anfechtungsfrist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG ist keine Verfahrensvoraussetzung, sondern eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist (*BayObLG NJW-RR* 1990, 210, 211; *KG WuM* 1993, 709 = *ZMR* 1993, 532; *WE* 1996, 233 = *ZMR* 1996, 279). Sie wird mit der Einreichung des Antrags bei Gericht gewahrt, sofern dieser bestimmt ist und die Zustellung demnächst erfolgt. Dass der Antrag bei einem örtlich unzuständigen Wohnungseigentumsgericht eingereicht wird, ist für die Wahrung der Frist nach Verweisung der Sache an das örtlich ausschließlich zuständige Gericht unerheblich.
- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in entsprechender Anwendung des § 22 Abs. 2 FGG? s *Merle/Becker*, FS Deckert, S. 231
- **Inhalt der Niederschrift**: Im Hinblick auf Folgenbeseitigungsansprüche am besten namentliche Dokumentation des Abstimmungsverhaltens bei angriffsgeneigten Beschlüssen (*Gottschalg NZM* 2001, 113, 115).

2. Versendung der Niederschrift an alle Anfechtungsberechtigten

3. Ggf Nachfrage bei Gericht, ob eine Beschlussanfechtung bekannt ist

4. Durchführung angefochtener Beschlüsse

a. Grundsatz: Durchführungspflicht

- Nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG hat der Verwalter auch angefochtene Beschlüsse sofort und ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) durchzuführen (*BayObLG ZMR* 2000, 314, 315; *Riecke/Vogel ZfIR* 2002, 1029; *Wenzel WE* 1998, 455). Aus § 23 Abs. 4 WEG folgt, dass ein bloß anfechtbarer Beschluss, der nicht vom Gericht für nichtig erklärt worden ist, vom Funktionsträger Verwalter als Ausführender stets durchzuführen ist (so auch *Wenzel*

WE 1998, 455, 456; *Müller* WE 1994, 7). Das Gesetz trifft keine Unterscheidung zwischen angefochtenen und bestandskräftigen Beschlüssen. Ein **Ermessen**, Beschlüsse durchzuführen, gibt es also nicht (aA *Gottschalg* ZWE 2003 225, 229; *Reuter* ZWE 2001, 286, 292 und *Deckert* WE 1992, 16 und PiG 30, 37, 47: WEG kenne keine Durchführungspflicht). Im Einzelfall folgt nicht anderes aus der **Treuepflicht des Verwalters**. Zwar trifft den Verwalter eine Schadensabwendungspflicht: er muss nach Kräften verhindern, dass es nach erkennbarer Ungültigerklärung eines Beschlusses (zB wenn ein Beschluss evident bemangelt ist) durch das Gericht zu Störungsbeseitigungs- und Rückbauansprüchen als Gegenstand eines Folgebeseitigungsanspruches kommt. Instrumente für dieses Interesse sind aber eine Anfechtung durch den Verwalter, eine Anordnung des Gerichts nach § 44 Abs. 3 WEG und eine Aufklärung durch den Verwalter. Der Verwalter ist hingegen auch in diesem Falle nicht befugt, die Feststellung mit Blick auf seine Vertragspflichten gegenüber allen Eigentümer zu verweigern bzw den Beschluss zögerlich oder gar nicht auszuführen.

- Der Verwalter macht sich auch nicht schadensersatzpflichtig (weder gegenüber den Eigentümern noch gegenüber Dritten), wenn er einen Beschluss durchführt, der nachträglich für ungültig erklärt wird, s *BayObLG* WE 1991, 198 = WuM 1990, 366; *Wenzel* WE 1998, 455, 456; *Deckert* WE 1996, 326, 328; *Müller* WE 1994, 7; s auch *Gottschalg* FGPrax 2004, 212, 213

b. Ausnahme: Nichtig Beschlüsse

- Der Verwalter ist allerdings weder verpflichtet noch berechtigt, nichtige Beschlüsse durchzuführen (*Gottschalg* ZWE 2003, 225, 226; *ders.* Der Immobilienverwalter 1995, 16, 20; *Müller* WE 1994, 7; ggf bereits nicht festzustellen, siehe oben). Ein nichtiger Beschluss ist kein Beschluss. Er enthält für den Verwalter keine Handlungsanweisung der Eigentümer. Führt der Ver-

walter dennoch einen nichtigen Beschluss durch, verstößt er gegen das Gesetz, aber auch gegen Gemeinschaftsrecht und macht sich – wenn ihn ein Verschulden trifft (Maßstab: Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten eines durchschnittlichen und gewissenhaften Verwalters in einer vergleichbaren Situation) – **schadensersatzpflichtig** (*Gottschalg ZWE 2003, 225, 227; Wenzel WE 1998, 455*).

c. Problem: Zweifel

- Der Verwalter sollte bei Zweifeln, ob ein Beschluss anfechtbar oder nichtig ist, stets eine **Entscheidung der Gemeinschaft** darüber herbeiführen (*Gottschalg ZWE 2003, 225, 229; Müller WE 1994, 7, 8*), ob der Beschluss durchgeführt werden soll oder zunächst bis zur Rechtskraft „ruhen“ kann (so auch *Riecke/Vogel ZfIR 2002, 1029, 1030* mit einem „Beschlussmuster“). Als Minus muss er in jedem Falle die Eigentümerversammlung über seine Zweifel aufklären. Eine **Grundlage für eine Haftung** wäre bei einer genügenden Aufklärung auch bei ggf nichtigen Beschlüssen wohl nicht zu erkennen, so auch *Riecke/Vogel ZfIR 2002, 1029* und *Gottschalg NZM 2001, 115*
- Ein Recht, mit der Durchführung ohne Befassung der Gemeinschaft und konkrete Anweisung zuzuwarten, besteht aber nicht. Auch nicht bei „evidenten“ Mängeln. Im Gegenteil: Der Verwalter kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er einen bloß angefochtenen Beschluss **nicht durchführt** (*BayObLG ZMR 2000, 314, 315; NJW-RR 1996, 657, 658 mwN; ZMR 1992, 352; Riecke/Vogel ZfIR 2002, 1029; Wenzel WE 1998, 455, 456; Müller WE 1994, 7; siehe dazu auch Reuter ZWE 2001, 286, 292*).

d. Haftung gegenüber Dritten?

aa. Vertreter ohne Vertretungsmacht + Freistellungsanspruch

bb. Anscheinsvollmacht

cc. § 122 BGB analog

dd. § 32 FGG analog

III. Das Beschlussanfechtungsverfahren

1. Außergerichtliche Streitschlichtung und Mediation

- Eine außergerichtliche Streitschlichtung ist sinnvoll, wenn eine entsprechende Regelung **vereinbart** worden ist. Ein entsprechender Beschluss wäre nichtig (*Wenzel FS Hagen*, S. 231, 239). Für Wohnungseigentumssachen kann die staatliche Gerichtsbarkeit durch eine **Vereinbarung** ausgeschlossen werden. Ein schiedsgerichtliches Verfahren bietet vor allem das Deutsche Ständige Schiedsgericht für Wohnungseigentum in Berlin an (<http://www.vhw-online.de/gericht/index.html>). Ziel des Schiedsgerichts ist es, im Rahmen der Rechtsordnung Streitigkeiten in Wohneigentumssachen beizulegen oder zu entscheiden. Rechtsgrundlage ist das 10. Buch der ZPO (§§ 1025 bis 1066) und das Statut des Deutschen Ständigen Schiedsgerichts für Wohnungseigentum.
- Daneben: Außergerichtliche bzw. gerichtliche Mediation als Alternative, siehe etwa *Heller WuM* 2002, 659?
- Problem jeweils: Der Vergleich im WEG.

2. Anwendbares Recht: §§ 43 ff WEG iVm dem FGG, subsidiär ZPO

3. Verfahrensgrundsätze des wohnungseigentumsrechtlichen Verfahrens

a. Zuständigkeit

- Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt, § 43 Abs. 1 WEG

b. Verfahrensordnung: § 43 Abs. 1 WEG

- Das Gericht entscheidet im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Primär gelten §§ 43 ff WEG, subsidiär §§ 2 – 34 FGG; hilfsweise entsprechende Anwendung der ZPO. Wichtige Besonderheiten des fG-Verfahrens:
 - Rechtsbehelf: sofortige Beschwerde
 - Untersuchungsgrundsatz
 - Keine Säumnis, kein Anerkenntnis
 - Kein Urkundenverfahren
 - Keine strikte Bindung an den Beteiligtenantrag
 - Rechtskrafterstreckung über §§ 45 Abs. 2 Satz 2, 10 Abs. 3 WEG

c. Frist

- Ein Monat seit der Beschlussfassung. Die im Beschlussanfechtungsverfahren geltende einmonatige Ausschlussfrist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG dient der Rechtssicherheit und soll im Interesse aller Raumeigentümer möglichst frühzeitig Klarheit über die Bestandskraft eines Beschlusses schaffen. Ggf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (hM; mE aber abzulehnen).

d. Rechtsschutzbedürfnis

- Grundsatz: Nach der Rechtssprechung ist ein **Rechtsschutzbedürfnis** im Beschlussanfechtungsverfahren im Regelfall nicht zu prüfen (vgl etwa *BGH ZMR 2003, 750, 751*; *BayObLG ZMR 2004, 358*; *Müller ZWE 2000, 557, 558*)
- Ausnahmen:
 - keine „altruistische“ Beschlussanfechtung
 - Geschäftsordnungsbeschlüsse (*Müller ZWE 2000, 557, 559*)

- Fassung der Niederschrift?
- Zweitbeschlüsse (*Müller ZWE 2000, 557, 559*)
- Zweitanfechtung?
- Durchführung bereits erfolgt? Folgenbeseitigungsanspruch?
- Fehlende Betroffenheit?
- Mehrhausanlagen (*BayObLG DWE 1984, 125*)
- Rechtsmissbrauch: Treu und Glauben ? Abstimmungsverhalten?

e. Beteiligte

- Alle Eigentümer (ggf auch der faktische, nicht aber der Zweiterwerber, *KG FGPrax 2004, 112*) und Verwalter sind beteiligt, § 43 Abs. 4 WEG
- Beteiligtenwechsel: Wenn ein Eigentümer während des Verfahrens aus der Gemeinschaft ausscheidet, gilt § 265 ZPO analog

4. Mögliche Verfahrensgegenstände

a. Rechtsgestaltung = Gestaltungsbeschluss

- Das Gericht erklärt einen Beschluss gem § 23 Abs. 4 WEG für ungültig, zB wegen Verfahrensverstößen oder Ermessensfehlern. Möglich ist auch eine teilweise Anfechtung (*BayObLG ZMR 2003, 692*).

b. Rechtsgestaltung + Leistungsantrag

- Das Gericht hat **kein** Ermessen, anstelle eines angefochtenen Beschlusses einen ordnungsmäßigen Beschlussinhalt zu bestimmen. Der Antragsteller muss daher ggf mit der Anfechtung einen Leistungsantrag auf Zustimmung zu einem bestimmten Beschlussinhalt stellen (s auch *KG ZMR 2002, 697*).

Vor allem bei Anfechtung eines **Negativbeschlusses** sollte die Anfechtung mit einem Leistungsantrag verbunden werden (*Bassenge* MDR 2004, 78, 81; *Wenzel*, FS Merle, S. 353, 361)

c. Feststellungsanträge

aa. Beschlussnichtigkeit

- Feststellung, dass ein **Beschluss nichtig** ist (Feststellungs- und Gestaltungsantrag bilden einen einheitlichen Verfahrensgegenstand, wenn der Antragsteller nur Rechtsgestaltung verlangt, *Suilmann* ZWE 2001, 202, 204)

bb. Weitere Feststellungsanträge

- Positive Feststellung auf **Wirksamkeit** (Prüfung von Nichtigkeitsgründen), zB durch die Gemeinschaft bei Zweifeln
- Positive Feststellung des **Beschlussinhalts** bei Zweifeln oder Nichtigkeit bei Unbestimmtheit (in Ausnahmefällen: In der Regel wird ein unbestimmter Beschluss nichtig sein)
- Nicht fristgebundene „Feststellung“ des **Zustandekommens eines Beschlusses**, wenn sich der Verwalter weigert, dass Zustandekommen festzustellen. Der Antrag ist mE freilich kein Feststellungsantrag, sondern ein **Gestaltungsantrag**, da das Gericht die Rechtslage nicht bloß feststellt, sondern des Beschluss konstitutiv begründet.
 - **Problem**: Ist neben der Feststellung zugleich auch die Ordnungsmäßigkeit des nicht festgestellten Beschlusses Verfahrensgegenstand (2in1 - Verfahren), zB bei einem Ladungsmangel? s

Müller FS Deckert, S. 255 ff, *ders.* NZM 2003, 222, 224 und *Riecke* WE 2004, 34.

- ME **fehlt** dem Gericht die Befugnis für eine Aufhebung: Das Gericht ersetzt nur die konstitutive Feststellung und Verkündung des Beschlusses durch den Verwalter (so auch *Müller* NZM 2003, 222, 224). Für eine inhaltliche Gestaltung (Erklärung der Ungültigkeit) durch das Gericht fehlt es an einem entsprechenden Antrag. Dieser könnte freilich auch erst **nach** der Feststellung gestellt werden. **Vorher** – also vor der Verkündung des Beschlusses durch das Gericht und der Zustellung an den Verwalter (falsch ist die Annahme *Müllers* NZM 2003, 222, 225 es gäbe erst mit Rechtskraft eine gerichtliche Feststellung; hier gilt nichts anderes wie für den Verwalter: auch der stellt einen noch nicht bestandskräftigen Beschluss fest) – gibt es (noch) keinen anfechtbaren Beschluss. **Ein 2in1 Verfahren ist damit verfahrensrechtlich nicht vorstellbar.** Hinzu kommt, dass jedem nicht ordnungsmäßigen Beschluss die „Chance“ inne wohnt, bestandkräftig und damit gültig zu werden. Diese Möglichkeit würde durch eine nicht berufene Klärung durch das Gericht vernichtet.
 - Etwas anderes gilt nur für **nichtige Beschlüsse**. Für die Feststellung eines nichtigen Beschlusses fehlt dem Antragsteller freilich bereits das Feststellungsinteresse. Das Gericht weist diesen Antrag daher als unzulässig ab.
- Feststellung des **richtigen Stimmenergebnisses**, wenn der Verwalter das Beschlussergebnis zwar festgestellt hat, nach Meinung des Antragstellers aber falsch. Oder Anfechtung eines **Negativbeschlusses** (*BGH* ZMR 2002, 930) und Feststellung des „richtigen“ Stimmenergebnisses (*BayObLG* ZMR 2004, 125; *KG* ZMR 2002, 697). In beiden Fällen kann mit der Anfechtung

eines Eigentümerbeschlusses ein Antrag auf Feststellung des wirklich gefassten aber vom Versammlungsleiter nicht festgestellten Beschlussinhalts verbunden werden (es handelt sich dabei wieder um keine Feststellungs-, sondern um eine **Gestaltungsklage**: der „richtige“ Beschluss muss vom Gericht konstitutiv und rechtsgestaltend erst geschaffen werden).

- **Problem**: Die gerichtliche Feststellung eines positiven Beschlussergebnisses voraus, dass alle Erfordernisse eines wirksamen Beschlusses gegeben sind. Ein nichtiger Beschluss wäre also wiederum nicht zu verkünden. Es fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.
- Was gilt aber, wenn der Beschluss bloß anfechtbar ist? Hier muss mE das Gericht wieder auch einen nicht ordnungsgemäßen Beschluss feststellen. AA ist *Müller* NZM 2003 222, 226, der für diesen Fall annehmen will, dass dem Gericht ein **umfassendes Prüfungsrecht** zusteht. Dies ist aber **nicht** richtig: Wieder gibt es vor der konstitutiven Feststellung des einzig „richtigen“ Beschlusses durch das Gericht **keinen Beschluss**.

5. Eingang des Anfechtungsschriftsatzes: Reaktion des Gerichts

a. Gründliches Durcharbeiten und erste Hinweise

b. Kostenvorschuss

aa. Grundsatz

- Grundsätzlich fordert das Gericht eines Kostenvorschusses gem § 8 Abs. 2 Satz 1 KostO an. Bei Geschäften, die auf Antrag vorzunehmen sind, soll

danach die Vornahme des Geschäfts davon abhängig gemacht werden, dass der Vorschuss gezahlt oder sichergestellt wird.

bb. Ausnahme

- Nach hM (*OLG Zweibrücken* ZMR 2003, 451; *OLG Hamm* NZM 2002, 562; *OLG Köln* ZMR 2001, 661; *BayObLG* NJW-RR 2001, 1234) darf das Gericht die Zustellung eines Anfechtungsantrags ausnahmsweise nicht von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig machen und ist stets zur unverzüglichen Zustellung des Antrags verpflichtet. Dem steht § 8 Abs. 2 Satz 1 KostO nicht entgegen. Gem dessen Abs. 2 ist ua eine Ausnahme zu machen, wenn die nach pflichtgemäßen Ermessen vorgenommene Abwägung zwischen dem Sicherheitsinteresse der Staatskasse und dem Interesse der am Verfahren Beteiligten an der beschleunigten Vornahme des Geschäfts ergibt, dass kein Vorschuss für die Zustellung des Antrags einzuholen ist. Im Beschlussanfechtungsverfahren überwiegt im Hinblick auf den mit der Anfechtungsfrist verfolgten Zweck der schnellen Klärung der Bestandskraft gefasster Eigentümerbeschlüsse, dem es widerspricht, wenn es dem Antragsteller erlaubt würde, die Anfechtung durch Nichtzahlung des Vorschusses in der Schwebe und vor den anderen Raumeigentümern geheim zu halten, ausnahmsweise das genannte Interesse der Beteiligten, so dass es als ermessensfehlerhaft zu werten ist, wenn das Gericht die Zustellung des Antrags und mithin die Durchführung des Verfahrens von der Zahlung des Vorschusses abhängig macht (*Schmid* JurBüro 1991, 777, 779).

cc. Folgen bei Nichtzahlung:

- Jedenfalls Ruhen des Verfahrens (*KG* ZMR 1997, 484).

- Ggf Verwirkung? Bei Nichteinzahlung des geforderten Kostenvorschusses ist in Ausnahmefällen angenommen worden, dass der Antragsteller sein Anfechtungsrecht verwirkt hat (*KG NZM 2004, 624; KGReport 1997, 146 = NJW-RR 1998, 370, 371; BayObLG NJW-RR 2001, 1233, 1235*), **wenn** das Gericht vorher auf diese Rechtsfolge hingewiesen hat (*BayObLG NJW-RR 2001, 1233, 1235; KG KGReport 1997, 146 = NJW-RR 1998, 370, 371*). S auch *OLG Düsseldorf ZMR 2001, 377* (Nichteinreichung einer aktuellen Eigentümerliste noch einer ladungsfähige Anschrift des Verwalters).
- Fordert das Gericht gegen die hM einen Kostenvorschuss an und macht es den Fortgang des Verfahrens von seiner Einzahlung ab, ist zu erwägen, den **Vorschuss durch die Gemeinschaft** einzuzahlen. Alternativ kann die Gemeinschaft eine **positive Feststellungsklage auf Gültigkeit** des Beschlusses erheben.

6. Ladung der Beteiligten zum Termin

a. Zustellung an Verwalter

- § 43 Abs. 4 Nr. 2 WEG (Raumeigentümer und der Verwalter). Das Gericht stellt die Ladung grundsätzlich **dem Verwalter** zu. Dieser hat die Raumeigentümer von dem Termin angemessen zu informieren. Sieht der Verwalter eine Interessenskollisionen, sollte er von sich aus das Gericht informieren. In Fällen eines konkreten Interessenkonflikts haben die Wohnungseigentumsgerichte für die Raumeigentümer einen Zustellungsbevollmächtigten aus ihren Reihen zu bestellen, damit eine angemessene Beteiligung aller Raumeigentümer gewährleistet ist (*KG ZMR 2004, 142*).

b. Raumeigentümer

- Raumeigentümer ist, wer im Wohnungsgrundbuch eingetragen ist (*BGH NJW* 1989, 1087, 1088; *OLG Hamm ZMR* 2000, 128; *OLG Saarbrücken ZMR* 1998, 595, 596; *BayObLG NJW* 1990, 3216) oder wer durch Erbfall oder durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung außerhalb des Grundbuchs Raumeigentum erworben hat. Die Eigentümergemeinschaft wird aus allen im Grundbuch eingetragenen Raumeigentümern gebildet. Eigentümerwechsel während des Verfahrens: § 265 ZPO. Faktische Eigentümer, *KG FGPrax* 2004, 112.

c. Verwalter

- Der **amtierende Verwalter** ist in jedem Falle materiell Beteiligter. Der im Amt befindliche Verwalter ist in einem Beschlussanfechtungsverfahren gemäß § 43 Abs. 4 Nr. 2 WEG auch dann weiterer Beteiligter, wenn der angefochtene Beschluss zu einem Zeitpunkt gefasst wurde, zu dem er noch nicht im Amt war. Er hat bestandskräftige Beschlüsse durchzuführen (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG) und wird von dem Verfahren in seinen Rechten und Pflichten materiell-rechtlich betroffen (*BGH ZMR* 1998, 171). Die Entscheidung ist gem § 45 Abs. 2 WEG auch für ihn bindend, so dass er vorher schon aus Gründen der Gewährung rechtlichen Gehörs, ggf auch weiterer Sachaufklärung (*BayObLG WE* 1991, 197) förmlich beteiligt werden muss (*BGH ZMR* 1998, 171 = *MDR* 1998, 29, 30). Der im Zeitpunkt der Beschlussfassung zwar amtierende, inzwischen **ausgeschiedene Verwalter** ist jedenfalls dann zu beteiligen, wenn er bei Einleitung des Anfechtungsverfahrens noch im Amt war. Dasselbe gilt, wenn der Anfechtungsgrund von dem Verwalter zu vertreten ist.

7. Verfahrensverbinding

- Ggf sollte der Verwalter eine Verfahrensverbinding anregen, wenn ihm mehrere Beschlussanfechtungen verschiedener Raumeigentümer bekannt werden.

8. Einschaltung eines Rechtsanwaltes: Pflicht oder Recht?

- a. Rechtsanwalt für die Eigentümer
- b. Rechtsanwalt für Verwalter
- c. Gemeinsamer Rechtsanwalt?

- Verwalter und Eigentümer können keinen gemeinsamen Anwalt nehmen. S dazu umfassend *Drasdo FGPrax 2004, 191, 193*

9. Der Schriftsatz des Verwalters

- a. Zusammenarbeit mit Verwaltungsbeirat
- b. Inhalt des Schriftsatzes

aa. Emotionslos/Sachlich/informativ/distanziert /ruhig

bb. Ankündigung eines Antrages

bb. Anlagen

- aktuelle Eigentümerliste/Niederschrift aller relevanten Sitzung(en)/Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung/Verwaltervertrag/ggf Aufteilungsplan

dd. § 44 Abs. 3 WEG

- Wichtig: Anregung eines **Beschlusses nach § 44 Abs. 3 WEG.** Die Durchführung des Anfechtungsverfahrens hat keinen Suspensiveffekt (*OLG Düsseldorf ZMR 2000, 327; BayObLGZ NZM 1998, 337*)

10. Kontaktaufnahme mit Gericht vor dem Termin?

11. Der Termin

a. Aufruf der Sache

b. Auftreten

- Auch der Anfechtende ist Vertragspartner des Verwalters. Der Verwalter sollte daher in jedem Falle sachlich auftreten und Distanz zum Streit bewahren. Der Verwalter ist grundsätzlich nicht materiell Beteiligter und hat auch kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens.
- Auftreten des Verwalters mit/ohne Rechtsanwalt (Rechte und Pflichten des Verwalters).

c. Stellung der Anträge

d. Sach- und Streitstand umfassend erörtern

e. Bitte, Schriftsatzfrist nachzulassen

f. Ggf Auflagen des Gerichts

g. Weitere Termine/Beweisaufnahme

h. Gericht mahnen?

i. Verfahrenshandlungen

aa. Der Verwalter ohne die Befugnisse des § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG

bb. Der „ermächtigte“ Verwalter

- Anerkenntnis [-]
- Vergleich: Das Verfahren auf Ungültigerklärung eines Eigentümerbeschlusses kann durch Vergleich nur im Verhältnis aller Beteiligten zueinander be-

endet werden (*BayObLG ZMR 1999, 491*). Im Übrigen sind die Beteiligten nicht dispositionsbefugt. Auch im Aktienrecht kann ein Vergleich nur mit Zustimmung aller Aktionäre wirksam werden (*Riecke ZMR 1999, 493*).

- Aufrechnung [-]
- Verzicht: Ein Verwalter kann nicht zu Lasten der restlichen Eigentümergemeinschaft bei der Geltendmachung von Ansprüchen im Wege des Vergleichs auf Teile derselben verzichten (*BayObLG FG-Prax 1999, 18; Riecke ZMR 1999, 493, 494*)

12. Wechsel des Verwalters im Verfahren

- a. Der Verwalter ohne die Befugnisse des § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG
- b. Der „ermächtigte“ Verwalter, s etwa OLG Köln NJW-RR 2004, xx
- c. Der Verwalter, dessen **eigene Interessen** betroffen sind

13. Der Beschluss des Gerichts

- a. Entscheidung Raumeigentümern zustellen
- b. Beschluss sorgfältig durcharbeiten: Bereits jetzt Konsequenzen für weitere Arbeit
- c. Rechtsmittel? Vorsorgliche Einlegung?
- d. Beschluss ggf zum Gegenstand der nächsten Eigentümerversammlung machen
- e. Kosten

Bei der Billigkeitsentscheidung nach § 47 WEG darf berücksichtigt werden, dass der Verwalter den Anfall der gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten wegen Verletzung ihrer Vertragspflichten gem §§ 675, 276 BGB zu vertreten hat (*BGH ZMR 1998, 171 = NJW 1998, 755; BGHZ 111, 148, 153 = ZMR 1990, 389; KG OLGZ 1989, 174, 178; BayObLGZ 1988, 287, 293; 1975, 369, 371*)

und deswegen nach materiellem Recht kostenerstattungspflichtig ist. Übersicht (ua nach *Drasdo FGPrax* 2004, 191, 193):

- Missachtung der Vereinbarungen aus der Gemeinschaftsordnung
- Einberufungsfehler
- Keine beschlussfähige Versammlung
- Beschlüsse unter „Sonstiges“
- Keine oder mangelhafte Feststellung des Beschlussergebnisses
- Versendung der Niederschrift
- Falsche Abfassung der Niederschrift
- Mangelhafte Jahresabrechnung

Die besonderen Kosten des Verwalters bzw eines eingeschalteten Rechtsanwalts fallen allein den Raumeigentümern zur Last, die den Verwalter beauftragt haben (*BayObLG ZMR* 2002, 61, 63 = *NZM* 2001, 959; *WuM* 1997, 396).

IV. Der Verwalter als Anfechtender

1. Eigenes Anfechtungsrecht des Verwalters

Grundlage: § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG? ME Ausfluss seiner Rechte als Funktionsträger für die Raumeigentümer, aber auch für Dritte. Umfang bzw. Einschränkungen:

- uneingeschränktes Anfechtungsrecht? S zB *Reuter* ZWE 2001, 286
- bei Wahrung der Interessen der Eigentümer?
- nur bei **eigener Betroffenheit**, zB bei Anfechtung des Abberufungsbeschlusses? grundlegend *BGH* ZMR 2002, 766, 767 [Anfechtungsrecht]; *BGHZ* 106, 113, 122 ff = *NJW* 1989, 1087

2. Anfechtungspflicht des Verwalters aus Verwaltervertrag?

- Keine Pflicht zur Anfechtung (*Reuter* ZWE 2001, 286, 291)
- Anfechtungslast bei Abberufungsbeschluss (*BGH* ZMR 2002, 766; *OLG Düsseldorf* ZMR 2004, 691; aA *Becker* ZWE 2003, 162, 166)

3. Nochmals: Rechtsanwalt für Verwalter/Rechtsanwalt für Gemeinschaft?

4. Nochmals: Zustellungsvollmacht?

5. Sonderfall Anfechtung der Bestellung

- a. Eigenes Anfechtungsrecht, *BGH* ZMR 2002, 766 ff [Anfechtungsrecht]
- b. Interessenskollision: § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG; Information des Gerichts
- c. Materiell Beteiligter; keine Vertretung der Raumeigentümer
- d. Anfechtung der Bestellung und **weiterer** Beschlüsse

V. Rechtsmittel

1. Beschwerdegericht: Landgericht

2. Zulässiges Rechtsmittel, §§ 45 Abs. 1 WEG iVm §§ 19 FGG

Gegen die Entscheidung des AG ist die sofortige Beschwerde zulässig, wenn der Wert des Gegenstandes der Beschwerde oder der weiteren Beschwerde 750,00 EUR übersteigt.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist – sofern die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht – die sofortige weitere Beschwerde zulässig.

3. Rechtsmittelschrift

Die Beschwerde gem § 21 Abs. 1 FGG kann beim Amtsgericht, dessen Beschluss angefochten wird, oder beim Landgericht als Beschwerdegericht eingelegt werden. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle desjenigen Gerichts, dessen Beschluss angefochten wird, oder der Geschäftsstelle des Beschwerdegerichts.

Die weitere Beschwerde kann gem § 29 Abs. 1 FGG bei dem Amtsgericht, bei dem Landgericht oder bei dem Oberlandesgericht eingelegt werden. Erfolgt die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, so muss diese von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

4. Frist, § 22 Abs. 1 FGG

Die sofortige Beschwerde (auch die sofortige weitere Beschwerde) ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die Verfügung dem Beschwerdeführer bekannt gemacht worden ist.

5. Bundesgerichtshof, § 28 Abs. 3 WEG

Will ein Oberlandesgericht bei der Auslegung einer Vorschrift, von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesgerichtshof vorzulegen.

VI. Nach der Entscheidung

1. Entscheidung auswerten

2. 10 Abs. 3 WEG; Beschlussammlung

3. Kosten, § 16 Abs. 5 WEG; Jahresabrechnung

4. Problem: Durchführung des Beschlusses

a. Rückabwicklung ~ Folgenbeseitigungsanspruch

b. Ggf Beschluss jetzt durchführen

5. Beachtung der Entscheidung für künftiges Verhalten, § 10 Abs. 3 WEG

VII. WEG - Reformgesetz

1. Neuheiten im Beschlussanfechtungsverfahren

- Das Gericht entscheidet künftig im Verfahren in Wohnungseigentumssachen **nach den Vorschriften der ZPO**. Wie bisher wird es in der Sache um Streitigkeiten der Raumeigentümer untereinander oder mit dem Verwalter sowie um Beschlussanfechtungen gehen.
- § 45 Abs. 1 WEG nF übernimmt den bisherigen Regelungsgehalt des § 23 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 WEG. Indem auf die Erhebung der Klage abgestellt wird, ist für die Wahrung der Anfechtungsfrist künftig die **Rechtshängigkeit** maßgeblich (§ 253 iVm § 261 Abs. 1 ZPO), wobei § 167 ZPO anwendbar ist.
- Zuständig ist weiterhin in der I. Instanz das Amtsgericht (§ 43 WEG nF). In der II. Instanz sollen künftig die **Oberlandesgerichte** zuständig werden.

2. Insbesondere: § 45 WEG nF (Anfechtungsklage)

a. Neue Fassung

(1) Die Klage auf Erklärung der Ungültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümer kann nur binnen eines Monats seit der Beschlussfassung erhoben werden.

(2) Hat der Kläger erkennbar übersehen, dass der Beschluss gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden kann, so hat das Gericht ihn darauf hinzuweisen.

b. Folgerungen

- § 45 Abs. 2 begründet eine gegenüber § 139 ZPO **erweiterte Hinweispflicht** bei Anfechtungsklagen. Nach derzeitiger Rechtslage hat das Gericht einen gem §§ 23 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG angefochtenen Beschluss im Hinblick auf die in § 45 Abs. 2 WEG festgelegte umfassende Rechtskraftwirkung gerichtlicher Entscheidungen nicht nur auf Anfechtungsgründe, sondern auch auf Nichtigkeitsgründe von Amts wegen zu untersuchen (*Bay-ObLG ZMR 1982, 63; Suilmann ZWE 2001, 202, 204*).
- Es fehlt eine § 44 Abs. 3 Satz 2 WEG entsprechende Vorschrift (einstweilige Anordnung)
- Eine Beschlussanfechtungsklage nach § 45 WEG müsste gegen sämtliche Mitglieder der Eigentümergemeinschaft gerichtet werden.
- Probleme der Rechtshängigkeit (Eigentümerliste, Niederschrift etc)
- Anfechtungsrecht des Verwalters?