

Dr. David Greiner \*Der Autor ist Rechtsanwalt in Tübingen

Verwalterhaftung wegen Anwendung der „Rosinentheorie“ bei der Verwalterwahl?

Urteil des LG Dresden vom 24.11.2010 – 2 S 293/10

## I. Sachverhalt

Die Wiederwahl des Verwalters stand an. Der in der Versammlung nicht anwesende Mehrheitseigentümer, laut Sachverhalt ein Kapitalanleger in Gestalt einer Fonds-Gesellschaft, wünschte eine Verwalterbestellung für die Dauer von einem Jahr und hatte eine Vertretungsvollmacht mit entsprechender Weisung erteilt. Die vier in der Versammlung anwesenden Miteigentümer wünschten hingegen eine Verwalterbestellung für die Dauer von vier Jahren. Abgestimmt wurde über den Antrag, den Verwalter für weitere vier Jahre zu bestellen. Hätte man der Abstimmung das laut Gemeinschaftsordnung geltende Objektprinzip (das heißt: jede Wohnung hat eine Stimme) zugrunde gelegt, wäre der Antrag abgelehnt worden. Der Verwalter wandte aber das Kopfprinzip an: So zählte die Meinung des Mehrheitseigentümers nur als eine Nein-Stimme gegenüber den vier Ja-Stimmen der anwesenden Miteigentümer, weshalb der Antrag als mehrheitlich angenommen verkündet wurde. Gegenüber der vom Mehrheitseigentümer geführten Beschlussanfechtungsklage verteidigte der Verwalter den von ihm angewandten Auszählungsmodus unter Berufung auf eine insbesondere von *Merle* vertretene Auffassung,<sup>1</sup> die man salopp „Rosinentheorie“<sup>2</sup> nennen kann. Der Verwalter argumentierte, dass sich die Auszählung nach dem in der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Stimmkraftprinzip als gem. § 26 I 5 WEG unzulässige Beschränkung der Verwalterbestellung darstelle, weshalb das gesetzliche Stimmkraftprinzip (§ 25 II 1 WEG: Jeder Wohnungseigentümer hat eine Stimme = Kopfprinzip) anzuwenden gewesen sei. Er sei auf diese Rechtsauffassung im Oktober 2008 durch den Vortrag *Merles* auf der 34. Fischener Fachtagung des ESW aufmerksam geworden.

Das *AG Dresden*<sup>3</sup> folgte der Rosinentheorie nicht und erklärte deshalb den Wahlbeschluss für ungültig; die Kosten des Rechtsstreits legte es gem. § 49 II WEG dem Verwalter auf. Das Berufungsgericht *LG Dresden* bestätigte in der Hauptsache die Beschlussaufhebung des Amtsgerichts; es befreite aber den Verwalter von der Kostenlast und legte die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen den Beklagten (übrigen Wohnungseigentümern) auf.

Das Urteil des *LG Dresden* gibt Anlass, sich mit drei Fragen zu befassen: Dürfen dem Verwalter,

<sup>1</sup> *Merle*, ZWE 2009, 15 ff m.w.N.

<sup>2</sup> Zum Begriff und zur Problematik s. schon *Häublein*, in: Festschr. f. Bub, 2007, S. 113 (123). *Merle* vertritt inzwischen allerdings nicht mehr die eigentliche Rosinentheorie (wonach ein Beschluss zustande kommt, wenn entweder nach dem in der Gemeinschaftsordnung geregelten Prinzip, oder nach dem Kopfprinzip eine Mehrheit erreicht wird), sondern den generellen Vorrang des Kopfprinzips (in: Bärman, 11. Aufl. (2011), § 26 Rn. 39; § 25 Rn. 31 f.).

<sup>3</sup> *AG Dresden*, Urt. v. 5.2.2010 – 151 C 5545/09, ZMR 2010, 804 mit Anm. *Häublein*.

der einer von der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur nicht geteilten, aber gut begründeten rechtlichen „Mindermeinung“ folgt, im Falle einer gerichtlichen Beschlussaufhebung gem. § 49 Abs. 2 WEG wegen groben Verschuldens die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden? Wie sollte ein Verwalter in vergleichbarer Situation vorgehen, um sein Haftungsrisiko zu begrenzen? Und schließlich: Ist der Rosinentheorie (oder neuerdings<sup>4</sup>: dem Vorrang des Kopfprinzips) im Falle der Verwalterwahl zu folgen?

## II. Rechtliche Würdigung

### 1. Zu Kostenhaftung des Verwalters gem. § 49 II WEG

Gem. § 49 II WEG können dem Verwalter Prozesskosten auferlegt werden, soweit die Tätigkeit des Gerichts durch ihn veranlasst wurde und ihn ein grobes Verschulden trifft. „Verschulden“ liegt i.S.v. § 276 BGB vor, wenn dem Verwalter Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, weil das von § 49 II WEG vorausgesetzte „grobe Verschulden“ der groben Fahrlässigkeit i.S.v. § 276 BGB entspricht. Grobe Fahrlässigkeit liegt nach der Begriffsbestimmung des *BGH*<sup>5</sup> vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, wenn ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was sich jedem aufgedrängt hätte. In Beschlussanfechtungsverfahren wird ein solches grobes Verschulden von der Rechtsprechung vor allem dann bejaht, wenn der Verwalter durch Verstoß gegen die Förmlichkeiten der Beschlussfassung die Anfechtungsklage gewissermaßen „heraufbeschworen“ hat. Denn der Verwalter muss bei der Leitung des Abstimmungsverfahrens das Risiko einer Anfechtung meiden; er hat dafür zu sorgen, dass die im Gesetz und in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen formellen Bestimmungen zur Beschlussfassung eingehalten werden.<sup>6</sup> Diesen Grundsätzen ist zuzustimmen. Sie entsprechen dem Gebot des „sichersten Wegs“, das die Haftungsrechtsprechung für Rechtsanwälte und Steuerberater entwickelt hat;<sup>7</sup> dieses Gebot passt aufgrund der insoweit strukturell vergleichbaren Sachlage auch für die Verwaltungstätigkeit. Der Verwalter muss also den relativ sichersten und ungefährlichsten Weg zu dem angestrebten Ziel wählen. Was folgt daraus für die Frage der Kostenhaftung im vorliegenden Fall, in dem die Feststellung des Mehrheitswillens von einer streitigen Rechtsfrage abhing?

Ob ein grobes Verschulden vorliegt, hängt zunächst vom Verschuldensmaßstab ab, also davon, welche Rechtskenntnisse man einem Verwalter abverlangen kann. Denn selbst wenn man einen *objektiv* groben Pflichtenverstoß bejaht, kann das für sich alleine nicht den Schluss auf das *subjektive* Verschulden rechtfertigen; auch subjektiv muss eine schlechthin unentschuld bare

4 S. Fn. 2.

5 *BGH*, Urt. v. 15.11.1999 - II ZR 98/98, NJW-RR 2000, 576 (Iz. 5); st. Rspr.

6 *BGH*, Beschl. v. 19.9.2002 - V ZB 30/02, ZMR 2002, 930; *BGH*, Beschl. v. 3.7.1997 - V ZB 2/97, ZMR 1997, 531.

7 S. nur *BGH*, Urt. v. 19.3.2009 - IX ZR 214/07, NJW 2009, 2949.

Pflichtverletzung vorliegen.<sup>8</sup> Konkret: Musste der Verwalter im vorliegenden Fall erkennen, dass er einer in der Rechtsprechung nicht abgesicherten Mindermeinung folgte? *Häublein* bejaht diese Frage: In einer Anmerkung<sup>9</sup> zum Urteil des *AG Dresden* führt er aus, der Verwalter habe erkennen können und müssen, dass die „Rosinentheorie“ von der ganz h.M. abweiche, zumal *Merle* in seinem dem Vortrag nachfolgenden Aufsatz<sup>10</sup> die Abweichung von der h.M. habe erkennen lassen. Dem ist nicht zu folgen. Es ist geradezu vorbildlich und somit das Gegenteil eines „Verschuldens“, dass sich ein Verwalter auf einer Fachtagung fortbildet; auch von einem Berufsverwalter kann aber nicht erwartet werden, dass er das Gehörte vollständig richtig einordnet und später auch noch die nachfolgende Fachliteratur aufmerksam liest. Man kann von ihm keine rechtlichen Spezialkenntnisse verlangen, über die bestenfalls ein Volljurist verfügt.<sup>11</sup> Verkennt der Verwalter das auf einer Fortbildung Gehörte, kann man ihm daher jedenfalls kein ein grobes Verschulden zur Last legen.

Daher wäre dem *LG Dresden* in punkto Kostenentscheidung zuzustimmen, wenn es nicht in den Gründen des Urteils hieße: „Die streitgegenständliche Stimmauswertung stützte sich auf eine in der führenden Kommentarliteratur vertretene Rechtsauffassung, bei der es sich – **auch für die Verwalterin erkennbar** – um eine Mindermeinung handelte ...“. Auch im Urteil des *AG Dresden* wird dem Verwalter die „Kenntnis der absoluten Mindermeinung“ attestiert. Zwar fragt man sich, worauf die Tatsachenfeststellung beruht, jedoch ist diese „Kenntnis“ für die weiteren Überlegungen als gegeben zu unterstellen; und deshalb konnte sich der Verwalter jedenfalls nicht damit entlasten, er habe die von ihm angewandte Rechtsauffassung subjektiv als herrschend angesehen.

Somit stellt sich die weitere Frage, ob das Vorgehen des Verwalters *objektiv* als Pflichtverletzung zu bewerten ist, konkret: Darf ein Verwalter einer seriös begründeten rechtlichen Mindermeinung (hier: der „Rosinentheorie“) bewusst folgen? Entgegen dem *LG Dresden*<sup>12</sup> muss die Antwort darauf lauten: Nein, jedenfalls nicht ohne Zustimmung der Versammlungsmehrheit. Also lag im entschiedenen Fall eine objektive Pflichtverletzung vor. Denn als Maßstab gilt (s.o.), dass der Verwalter das Risiko einer Beschlussanfechtung meiden und bei der Beschlussfassung den sichersten Weg beschreiten soll. Daher muss sich ein WEG-Verwalter bei Rechtsfragen zunächst an der „h.M.“ und insbesondere an der obergerichtlichen Rechtsprechung orientieren. (In subjektiver Hinsicht gilt das, wie oben erwähnt, natürlich nur, soweit er die h.M. kennt oder

8 So zutreffend *LG München I*, Beschl. v. 29.3.2010 - 1 T 5340/10, ZWE 2010, 415.

9 *Häublein*, ZMR 2010, 805.

10 *Merle*, ZWE 2009, 15.

11 Insoweit zutreffend *LG Berlin*, Beschl. v. 17.2.2009 – 55 T 34/08 WEG, NJW 2009, 2544.

12 Und auch entgegen *AG Berlin-Charlottenburg*, Urt. v. 7.4.2010 – 72 C 7/10, ZWE 2011, 54, das einen insoweit vergleichbaren Fall ebenso wie das *LG Dresden* entschied.

kennen muss; hier gelten für WEG-Verwalter und Rechtsanwälte verschiedene Maßstäbe). Wenn er einer von der Rechtsprechung nicht geteilten Mindermeinung folgt, besteht das Risiko der Beschlussanfechtung, wie gerade der vorliegende Fall anschaulich zeigt.

Das bedeutet nicht, dass eine Mindermeinung niemals zur Anwendung kommen dürfte. Der Verwalter darf den Wohnungseigentümern die Entscheidung hierüber aber nicht abnehmen und sie deshalb nicht darüber im Unklaren lassen, dass sie ein Anfechtungsrisiko eingehen. Im vorliegenden Fall hatte der Verwalter laut Sachverhalt die Miteigentümer weder in der Ladung zur Versammlung, noch vor der Beschlussfassung über die (ihm bekannte) Problematik informiert. **Das** muss ihm zum Nachteil gereichen, denn die an der Beschlussfassung mitwirkenden Miteigentümer hätten sich in Kenntnis der Rechtslage möglicherweise (realistisch betrachtet sogar höchstwahrscheinlich) gegen die Anwendung der „Rosinentheorie“ entschieden; statt des Risikos eines Beschlussanfechtungsverfahrens und der damit verbundenen Kosten hätten sie lieber eine geringere Laufzeit der Verwalteramtszeit in Kauf genommen.

## II. Empfehlungen für Verwalter

Wie hätte der Verwalter vorgehen müssen, um die Auszählung nach der Rosinentheorie ordnungsmäßig und ohne eigenes Haftungsrisiko vornehmen zu können? Die Situation entspricht strukturell der „Zitterbeschluss“-Problematik, bei der es um die Frage geht, ob der Verwalter einen bekanntermaßen rechtswidrigen Beschluss als zustande gekommen verkünden darf. Nach zutreffender h.M. ist es das Recht der abstimmenden Mehrheit, auch rechtswidrige Beschlüsse zu fassen, sodass sich der Verwalter einem dahin gehenden Mehrheitswillen nicht verschließen darf.<sup>13</sup> Zur Vermeidung eines eigenen Haftungsrisikos muss der Verwalter aber die in der Versammlung anwesenden Miteigentümer über die Rechtslage informieren;<sup>14</sup> teilweise wird noch weitergehend verlangt, dass er auf das Risiko und auf die finanziellen Folgen einer Beschlussanfechtung hinweisen müsse.<sup>15</sup> Nach Erteilung der gebotenen Hinweise hat der Verwalter die Entscheidung zum Vorgehen der Wohnungseigentümerversammlung zu überlassen. Das gilt beim „Zitterbeschluss“ genauso wie bei der hier thematisierten Frage, welcher Auszählungsmodus der Verwalterwahl zugrunde zu legen ist. Dabei sollte sich der Verwalter nicht damit begnügen, „in die Runde zu fragen“, sondern sollte den Mehrheitswillen per Geschäftsordnungsbeschluss feststellen. Weil für den Geschäftsordnungsbeschluss das in der Gemeinschaftsordnung verankerte Stimmkraftprinzip gilt, hätte der Mehrheitseigentümer im vorliegenden Fall die Anwendung der „Rosinentheorie“ also verhindern können – wenn er an-

13 A.A. z.B. *Merle*, in: Bärmann, WEG, 11. Aufl. (2011), § 23 Rn. 41. Details der Zitterbeschlussproblematik können hier nicht vertieft werden. Empfehlungen zur Beschlussfassung z.B. bei *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. (2010) Rn. 906 ff.; Rn. 584.

14 S. wieder *LG Berlin*, Beschl. v. 17.2.2009 - 55 T 34/08, ZMR 2009, 393 m.w.N.

15 *LG Köln*, Beschl. v. 10.03.2008 - 29 T 159/07, ZMR 2008, 485; m.E. zu weitgehend.

wesend gewesen wäre. Dieses Ergebnis ist sachlich richtig, denn ein Geschäftsordnungsbeschluss des Inhalts, nach welchem Verfahren eine anstehende Beschlussfassung zu vollziehen ist, beinhaltet „nur“ eine Handlungsanweisung an den Verwalter und präjudiziert nicht die materielle Rechtmäßigkeit der Beschlussfassung.

### III. Zum Stimmkraftprinzip bei der Verwalterwahl

Dass ein Verwalter zwecks Meidung eines Anfechtungsrisikos bei der Beschlussfassung grundsätzlich der „h.M.“ folgen soll, sagt nichts darüber aus, ob diese h.M. materiell zutreffend oder überzeugend ist. Nach Auffassung des Verfassers ist sie es in diesem Fall. Einige wesentliche Gesichtspunkte werden im Urteil des *LG Dresden* aufgezeigt und müssen hier nicht wiederholt werden.

Ergänzend sei noch ein Argument erwähnt, das *Merle* zur Stützung seiner von der h.M. abweichende Ansicht anführt. *Merle* betont den systematischen Zusammenhang der neuen Beschlusskompetenzen der §§ 12 IV, 16 III, 22 II WEG mit § 26 I 5 WEG. Weil das Gesetz in allen diesen Fällen eine Erschwerung der Beschlussfassung durch Mehrheitsbeschluss verbiete, müsse das sachlich gleiche Problem auch gleich gelöst werden (nämlich durch Anwendung des Kopfprinzips). Lehnt man die zwingende Anwendung des Kopfprinzips bei der Verwalterwahl ab, ist also schon zwecks Vermeidung von Wertungswidersprüchen die gleiche Frage auch in den Fällen der §§ 12 IV, 16 III, IV, 22 II zu überprüfen. Hier gilt nach Auffassung des *Verfassers* zusammen gefasst Folgendes: Die Rosinentheorie basiert auf der Annahme eines Vorrangs des gesetzlichen Stimmkraftprinzips (Kopfprinzip des § 25 II 1 WEG); denn nur gegenüber diesem Stimmkraftprinzip stellt sich die Anwendung eines in der Gemeinschaftsordnung verankerten Objekt- oder Wertprinzips (in bestimmten Fallkonstellationen) als Erschwerung der Beschlussfassung dar. Bekanntlich ist aber das gesetzliche Stimmkraftprinzip disponibel, was ja die Grundlage der häufig anzutreffenden anders lautenden Stimmkraftregelungen in Gemeinschaftsordnungen ist. Eine stimmige Gesetzesauslegung kann daher schwerlich zu dem Ergebnis kommen, im Geltungsbereich der neuen Beschlusskompetenzen sei gerade das Kopfprinzip zwingend.<sup>16</sup> Zwar heißt es in der Gesetzesbegründung zu den §§ 12 IV, 16 III und 22 II 2 WEG, die Unabdingbarkeit beziehe „sich nicht allein auf die Beschlusskompetenz als solche, sondern auch auf die Mehrheitsmacht“,<sup>17</sup> aber dass mit dieser Mehrheitsmacht das Kopfprinzip gemeint ist, ist nicht ersichtlich<sup>18</sup>; auch das Wert- oder Objektprinzip sind rechtmäßige Erscheinungsformen der „Mehrheitsmacht“. Die Unabdingbarkeit der neuen Beschlusskompetenzen (z.B. in § 16 V WEG: „Die Befugnisse im Sinne der Absätze 3 und 4 können

<sup>16</sup> So schon *Derleder*, ZWE 2008, 253 (256). Anders noch *Verfasser*, in: *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. (2010) Rn. 541 ff.; Rn. 866 ff.

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/887, S. 22, 25 und 32.

<sup>18</sup> A.A. *Hänblein*, in: Festschr. f. Bub, 2007, S. 113 (118).

durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden“) verhindert, dass z.B. ein in der Gemeinschaftsordnung statuiertes Erfordernis einer  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für die Änderung der Betriebskostenumlage einem entsprechenden einfachen Mehrheitsbeschluss gem. § 16 III WEG entgegensteht; weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, noch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich aber, dass ein Mehrheitsbeschluss nach § 16 III WEG zwingend nach dem Kopfprinzip auszuzählen sein soll. Ein Wertungswiderspruch ist daher zu vermeiden, indem nicht nur im Fall der Verwalterwahl gem. § 26 I 5 WEG, sondern auch in den Fällen der unabdingbaren neuen Beschlusskompetenzen §§ 12 IV, 16 III, 22 II WEG die Auszählung nach dem gemäß Gemeinschaftsordnung geltenden Stimmkraftprinzip vorgenommen wird. Letztendlich ist nach Auffassung und Erfahrung des *Verfassers* auch nur dieses Ergebnis praxistauglich. Aus guten Gründen empfiehlt man Verwaltern, bei den Formalia der Beschlussfassung unbedingt die Regelungen der Gemeinschaftsordnung zu beachten; da wäre es kaum zu vermitteln, dass in bestimmten, dem Gesetz nicht (ohne weiteres) zu entnehmenden Fällen eine Regelung der Gemeinschaftsordnung zur Stimmkraft *nicht* anzuwenden sein soll.

#### IV. Zusammenfassung

Dem Urteil des *LG Dresden* ist mit der h.M. in der Hauptsache zuzustimmen. Bei der Abstimmung über die Bestellung des Verwalters ist das nach der Gemeinschaftsordnung geltende Stimmkraftprinzip anzuwenden, auch wenn dies gegenüber der Anwendung des gesetzlichen Kopfprinzips zu einer Erschwerung der Beschlussfassung führt.

Bei der Kostenentscheidung zu Lasten der Wohnungseigentümer ist dem *LG Dresden* hingegen nicht zuzustimmen. Wenn ein Verwalter bewusst und ohne entsprechende Weisung der Versammlungsmehrheit bei den Formalia der Abstimmung einer nur vereinzelt vertretenen Rechtsauffassung – sei diese gut begründet oder nicht – folgt, begründet er damit grob schuldhaft ein Anfechtungsrisiko und sollte deshalb gem. § 49 II WEG die Verfahrenskosten einer erfolgreichen Beschlussanfechtung tragen.