

Die gerichtliche Inhaltskontrolle von Beschlüssen, oder: Wer bestimmt, was ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht?

DAVID GREINER*

1. Einführung

Beschlüsse der Wohnungseigentümer müssen gem. § 21 Abs. 3 WEG ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen; und gem. § 21 Abs. 4 WEG kann jeder Wohnungseigentümer eine entsprechende Beschlussfassung verlangen. Was unter einer ordnungsmäßigen Verwaltung bzw. Beschlussfassung zu verstehen ist, kann § 21 Abs. 4 WEG entnommen werden: Es ist eine solche, »die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht«. Es bestand bislang weithin Einigkeit darüber, dass die »Ordnungsmäßigkeit« vom Standpunkt eines vernünftigen und wirtschaftlich denkenden Menschen aus zu beurteilen ist.¹

Ein Beschluss kann gem. §§ 43 Nr. 4, 46 WEG angefochten werden, sodass das Gericht über die Gültigkeit des Beschlusses entscheiden muss. Das Gesetz äußert sich nicht dazu, wann bzw. warum ein Beschluss für ungültig zu erklären ist. Der Kontrollmaßstab ergibt sich nur aus dem Zusammenhang: Weil § 21 WEG vorschreibt, dass Beschlüsse ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen müssen, ist ein Beschluss für ungültig zu erklären, wenn er nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

Bei den Verstößen gegen die ordnungsmäßige Verwaltung unterscheidet man Formfehler und materielle (inhaltliche) Fehler der Beschlussfassung. Um die Formfehler (Verstöße gegen die gesetzlichen Formalia der Beschlussfassung wie Einberufungsfrist, Ankündigung, Mehrheitserfordernisse, Bestimmtheit usw.) soll es vorliegend nicht gehen. Ein materieller Verstoß gegen die ordnungsmäßige Verwaltung liegt vor, wenn ein Beschluss nicht dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht. Ob das der Fall ist, entscheidet im Streitfall die oder der beim örtlichen Amtsgericht (Eingangsstanz gem. §§ 43 Nr. 4 WEG, 23 Nr. 2c GVG) zuständige RichterIn oder Richter. Besondere Vorgaben zur

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie für Bau- und Architektenrecht in Tübingen.

¹ BayObLG, Beschl. v. 23. 12.2002 – 2Z BR 89/02, ZMR 2003, 282. Vgl. auch LG Koblenz, Urt. v. 30.04.2018 – 2 S 67/16, ZMR 2018, 795, Rn. 28: »Aus Sicht eines vernünftigen Dritten beurteilt sich, ob eine Entscheidung objektiv vertretbar erscheint ...«.

Entscheidungsfindung macht das Gesetz nicht; auch den Gesetzesmaterialien ist dazu nichts zu entnehmen. Von Bedeutung ist allerdings der Umstand, dass für das Wohnungseigentumsrecht bis zur WEG-Reform 2007 gem. § 43 WEG a.F. das Verfahrensrecht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit galt (ehedem FGG; seit 2008 FamFG). Zu den zentralen Verfahrensgrundsätzen des früheren FGG (§ 12) und heute noch des FamFG (§ 26) gehört der Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz. Das für Wohnungseigentumsstreitigkeiten zuständige Gericht hatte nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers also eine entsprechend fürsorgende Funktion; gem. § 44 Abs. 3 WEG a.F. konnte es sogar für die Dauer eines Anfechtungsverfahrens unanfechtbare einstweilige Anordnungen treffen. Heute gilt für WEG-Streitigkeiten zwar die ZPO; unverändert fällt es aber in die Zuständigkeit des Gerichts, im Streitfall darüber zu befinden, ob ein Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Die Richterinnen oder der Richter entscheiden also kraft der ihnen gesetzlich verliehenen Befugnis, ob aus ihrer neutralen Sicht als vernünftige und wirtschaftlich denkende Menschen ein streitiger Beschluss dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht oder nicht; sie setzen der Mehrheitsmacht mit ihrer eigenen Vernunft eine Grenze, wo die Mehrheit unvernünftig handelt.

Allerdings ist es seit jeher unstrittig, dass der Gemeinschaft bei der Beurteilung der Frage, was ihr nach billigem Ermessen »nützt«, ein gewisser Beurteilungsspielraum zur Verfügung steht, »der aus ihrer Verwaltungsautonomie folgt und einer auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützten Ungültigerklärung eines Mehrheitsbeschlusses Grenzen zieht.«² Denn abgesehen von den seltenen Fällen der »Ermessensreduzierung auf Null« gibt es stets mehrere rechtmäßige Varianten zur Regelung eines Sachverhalts. So kann eine Regelung zu den Ruhe- bzw. Musizierzeiten im Haus das Musizieren auf eine Stunde am Tag beschränken, aber auch 2-3 Stunden zulassen.³ Ob die im Fall der Anfechtung zuständige Richterin selbst längere Ruhe- und kürzere Musizierzeiten bevorzugen würde (oder umgekehrt), ist nicht ausschlaggebend. Folglich darf ein Beschluss, der sich innerhalb dieses Rahmens hält, nicht für ungültig erklärt werden. Das leuchtet ohne weiteres ein und keine Richterin käme ernsthaft auf die Idee, einen Beschluss, der sich innerhalb eines vertretbaren Rahmens hält, für ungültig zu erklären, nur weil sie selbst sich anders als die Mehrheit entschieden hätte. Wann die Grenze des Vertretbaren überschritten wird, ist eine Frage des Einzelfalls.

Seit einiger Zeit, verstärkt seit dem Inkrafttreten der WEG-Reform, wird vertreten, dass im Rahmen einer Beschlussmängelklage nicht das Ergebnis zu überprüfen sei (ob ein Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht), sondern ob der Vorgang der Willensbildung fehlerfrei war. »Ob eine Entscheidung rechtmäßig ist, bestimmt sich allein danach, ob Ermessen fehlerfrei ausgeübt worden ist.«⁴ Schon 2001 be-

2 OLG Köln, Beschl. v. 09.07.1990 – 16 Wx 173/89, NJW 1991, 1302, Rn. 15.

3 BGH, Urt. v. 26.10.2018 – V ZR 143/17, Rn. 32: »Eine Beschränkung auf zwei bis drei Stunden an Werktagen und ein bis zwei Stunden an Sonn- und Feiertagen kann als grober Richtwert dienen.«

4 Elzer, Ermessen im Wohnungseigentumsrecht, ZMR 2016, 85, 93; ausführlich Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2018, § 21 Rn. 46-52.

schränkte das OLG Hamburg die Beschlusskontrolle mit Rücksicht auf den Beurteilungsspielraum der Wohnungseigentümer auf »Mißbrauchsfälle«.⁵ Dabei werden die Begriffe »Ermessens- und Beurteilungsspielraum« meistens synonym verwendet; die Gleichsetzung erscheint zutreffend, denn anders als im Verwaltungsrecht, wo der Beurteilungsspielraum auf die Tatbestandsseite und das Ermessen auf die Rechtsfolgenseite bezogen wird, hat die Differenzierung im vorliegenden Kontext keine Bedeutung.⁶ Ein Vorbild hat diese Herangehensweise im GmbH-Recht, denn auch GmbH-Gesellschafterbeschlüsse werden mit Rücksicht auf den unternehmerischen Ermessensspielraum der Gesellschafter im Ausgangspunkt nicht auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüft: »Das Gericht ist grundsätzlich nicht befugt, sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Beirates [bzw. der Gesellschafter] zu setzen und einen Beschluss für nichtig zu erklären, nur weil er unzumutbar ist.«⁷ Im Aktienrecht (dem das richterrechtlich begründete GmbH-Beschlussmängelrecht nachgebildet ist, weil das GmbHG keine einschlägigen Regelungen enthält) macht § 243 Abs. 1 AktG deutlich, dass nur eine Gesetzes- oder Satzungsverletzung maßgeblich ist, sodass Zweckmäßigkeitserwägungen keine Rolle spielen.⁸

Wir können im WEG-Recht also zwei Sichtweisen oder Herangehensweisen der Beschlussmängelkontrolle unterscheiden, die hier schlagwortartig als »Ergebniskontrolle« einerseits und »Willensbildungskontrolle« andererseits bezeichnet werden. Beide Sichtweisen respektieren den Beurteilungsspielraum der Eigentümer, aber nicht grenzenlos. Der – im Ergebnis oftmals kaum sichtbare – Unterschied zwischen den Sichtweisen besteht darin, dass die eine die Grenze des kontrollfreien Entscheidungsspielraums eher weit und die andere sie eher eng zieht. Bei der »Willensbildungskontrolle« werden fehlerfrei zustande gekommene Beschlüsse grundsätzlich als rechtmäßig beurteilt, auch wenn sie unzumutbar sind; die Aufhebung wegen Unzumutbarkeit soll auf (extreme) Ausnahmefälle beschränkt sein. Bei der »Ergebniskontrolle« hingegen wird nicht nur das ordnungsmäßige Zustandekommen des Beschlusses beurteilt, sondern auch seine Zweckmäßigkeit geprüft; ein kontrollfreier Beurteilungsspielraum besteht nur insofern, als es um die Auswahl zwischen verschiedenen zweckmäßigen Varianten geht. Salopp gesprochen überlegt sich eine Richterin bei der Willensbildungskontrolle eines »zweifelhaften« Beschlusses Folgendes: »Vernünftige Wohnungseigentümer hätten diesen Beschluss nicht gefasst; aber die Willensbildung war fehlerfrei und wenn man es unbedingt will, kann man es so machen, daran geht die Gemeinschaft nicht zugrunde.« Sie wird den Beschluss nicht für ungültig erklären. Bei der Ergebniskontrolle kommt die Richterin ebenfalls zum Ergebnis »Vernünftige Wohnungseigentümer hätten diesen Beschluss nicht gefasst« – und wird den Beschluss genau deshalb für ungültig erklären.

5 OLG Hamburg, Beschl. v. 16.07.2001 – 2 Wx 116/00, ZMR 2001, 997, Rn. 24.

6 A.A. insoweit Elzer, Ermessen im Wohnungseigentumsrecht, ZMR 2016, 85.

7 OLG Düsseldorf, Urt. v. 01.07.2011 – I-17 U 122/10, Rn. 29 f.; OLG München, Urt. v. 09.08.2012 – 23 U 4173/11.

8 § 243 Abs. 1 AktG: »Ein Beschluß der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden.«

Nach der Überzeugung des *Verfassers* erfordert das Wohnungseigentumsrecht im Zuge einer Anfechtungsklage jedenfalls *auch* und vorrangig eine Ergebniskontrolle.⁹ Die im Gesellschaftsrecht beheimatete Ermessensfehlerlehre passt hier nicht, denn zwischen einer Gesellschaft (der Einfachheit halber sei nachfolgend die GmbH Gegenstand der Betrachtung) und einer Wohnungseigentümergeinschaft bestehen wesentliche Unterschiede. Eine GmbH verfolgt einen unternehmerischen Gesellschaftszweck, und wie die Gesellschafter in der Verfolgung ihres Gesellschaftszwecks vorgehen (z.B. expandieren oder konsolidieren), unterfällt der unternehmerischen Freiheit. Die im Wohnungseigentumsgesetz zentrale Vorgabe, wonach Beschlüsse ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen müssen, auf die jeder Wohnungseigentümer einen Anspruch hat, gibt es im GmbHG nicht. Wenn ein GmbH-Gesellschafter mit den Mehrheitsentscheidungen seiner Mitgesellschafter nicht einverstanden ist, kann er aus der Gesellschaft ausscheiden. Im Wohnungseigentumsrecht ist fast alles anders. Eine Wohnungseigentümergeinschaft verfolgt keinen spezifischen Gesellschaftszweck, bei dem eine unternehmerische Freiheit zu respektieren wäre. Ein Wohnungseigentümer ist Zwangsmittglied in der Wohnungseigentümergeinschaft. Zwar erfolgt der Erwerb der Wohnung freiwillig, nicht aber die Mitgliedschaft in der Gemeinschaft. Ein Ausscheiden aus der Gemeinschaft ist nur um den Preis des Verlusts der Wohnung möglich. Während im Gesellschaftsrecht fehlerhafte Beschlüsse typischerweise davon geprägt sind, dass Gesellschafter ihr eigenes Interesse über das der Gesellschaft stellen und im Hinblick auf den Gesellschaftszweck »rechtsmissbräuchlich« handeln, spielt bei fehlerhaften WEG-Beschlüssen die Verfolgung von Eigeninteressen nur in den seltenen Fällen der »Majorisierung« eine praktische Rolle. WEG-Beschlussmängel beruhen typischerweise auf Unwissenheit, Bequemlichkeit, unzureichender Vorbereitung oder schlicht auf der Unvernunft der Eigentümermehrheit. Mit einem »missbräuchlichen« Stimmverhalten haben fehlerhafte WEG-Beschlüsse meistens nichts zu tun; ihre Fehlerhaftigkeit besteht darin, dass sie nicht dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechen. Es wirkt gekünstelt, bei einem objektiv unzumutbaren Beschluss erst einen »Rechtsmissbrauch« zu konstruieren (weil sich die den Beschluss tragende Mehrheit nicht am verobjektivierten Gemeinschaftsinteresse orientierte) und aus dem darin liegenden »Ermessensfehlergebrauch« die Ordnungswidrigkeit des Beschlusses herzuleiten.

Konkret führt eine auf die Willensbildung fokussierte Beschlussmängelkontrolle in zwei entgegengesetzten Richtungen zu fragwürdigen Ergebnissen: Auf der einen Seite werden aus ihr überzogene Vorgaben für eine fehlerfreie Willensbildung abgeleitet (dazu nachfolgend Nr. 2 und 3), wodurch der Beurteilungsspielraum der Eigentümer (zu) stark eingeengt wird. Auf der anderen Seite fällt in den Fällen, in denen eine fehlerfreie Willensbildung vorliegt, die Ergebniskontrolle teilweise komplett »unter den Tisch« (dazu nachfolgend Nr. 4), wodurch der Rechtsschutz der überstimmten Minderheit ausgehöhlt wird. Dass sich die Ergebniskontrolle besser als die Willensbildungskontrolle in das Prozessrecht einfügt, wird unter Nr. 5 dargestellt.

9 I.E. wohl auch Abramenko in Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2015, § 46 Rn. 13n: Es kommt auf die objektive Sachlage an.

2. Der Zwang zur Information: Die »Drei-Angebote-Rechtsprechung«

Im Gesetz steht nichts davon, dass die Eigentümer vor einer Beschlussfassung in bestimmter Weise informiert sein müssten; erst recht steht im Gesetz nichts von einer Pflicht zur Einholung mehrerer Angebote vor einer Auftragsvergabe. Rechtsprechung und Literatur haben aber umfassende Informationspflichten entwickelt. Deren Grundlage ist der oben erwähnte Beurteilungsspielraum: Wer einen Beurteilungsspielraum hat, kann ihn nur dann sachgerecht ausüben, wenn er über die Tatsachengrundlagen und Entscheidungsalternativen informiert ist, sonst liegt ein Ermessensausfall oder Ermessensfehlergebrauch vor. So entscheidet der BGH in ständiger Rechtsprechung: »Die Wohnungseigentümer halten sich nämlich nur dann im Rahmen des ihnen in Bezug auf Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung zustehenden Beurteilungsspielraums, wenn sie ihre Entscheidung auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage treffen.«¹⁰ Daraus wird die Pflicht abgeleitet, ab einer gewissen finanziellen Größenordnung der Maßnahme, über die Beschluss gefasst wird (je nach Gericht werden hier Beträge zwischen 3.000 EUR und 5.000 EUR für maßgeblich gehalten) drei Vergleichsangebote einzuholen.¹¹ »Die Einholung entsprechender Vergleichsangebote soll eine hinreichende Entscheidungsgrundlage für die Ausübung des den Wohnungseigentümern zustehenden Ermessens bei der Auswahl der erforderlichen Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen [...] gewährleisten. So soll erreicht werden, dass die Wohnungseigentümer die von den unterschiedlichen Unternehmen angebotenen technischen Lösungen miteinander vergleichen können, um sich für diejenige Lösung zu entscheiden, die eine dauerhafte Beseitigung von Mängeln und Schäden verspricht.«¹² Mittlerweile hat sich die »Drei-Angebote-Rechtsprechung« in gewisser Weise »verselbstständigt«. Im Anfechtungsprozess wird kaum noch die Frage thematisiert, ob der Beschluss dem Interesse der Gemeinschaft nützt, sondern es werden die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien abgeprüft, gerade so, als ob in § 21 Abs. 5 WEG stünde: »Beschlüsse über Aufträge mit einem Volumen von mehr als 3.000 EUR entsprechen nur dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn mindestens drei vergleichbare Angebote vorliegen.« Dass in den einschlägigen Urteilen stets der Vorbehalt zu lesen ist, die Einholung der »drei Angebote« sei nur »grundsätzlich« oder »in der Regel« geboten, ändert in der Praxis nichts.

Diese Rechtsprechung kann im Ergebnis und in der Begründung nicht überzeugen.¹³ Angesichts der derzeit florierenden Konjunktur der Bau- und Handwerkerbranche ist es oftmals kaum möglich, drei Angebote einzuholen; man muss mitunter froh sein, wenn sich überhaupt ein Anbieter findet. Dass die Größenordnung, ab der drei Angebote nötig sind, von Gericht zu Gericht variiert, ist zudem der Rechtssicherheit

10 BGH, Beschl. v. 14.03.2018 – V ZB 131/17, NZM 2018, 399 Rn. 14.

11 LG Frankfurt a. M., Urte. v. 17.05.2018 – 13 S 168/15, ZMR 2018, 791; LG Dortmund, Urte. v. 14.06.2016 – 1 S 455/15, ZWE 2017, 96, Rn. 14 (ab 5.000,00 EUR).

12 LG Itzehoe, Urte. v. 05.01.2018 – 11 S 1/17, ZWE 2018, 178.

13 Kritisch auch Casser ZWE 2018, 382; Jacoby ZWE 2019, 20.

nicht zuträglich. Die Vorgabe der »Vergleichbarkeit« der Angebote stellt Verwalter und Gemeinschaften vor weitere Probleme, denn bei größeren Baumaßnahmen sind Angebote meistens nur dann vergleichbar, wenn zuvor eine Ausschreibung auf der Grundlage eines von einem Architekten oder Ingenieur erstellten Leistungsverzeichnisses erfolgte. Auf diese Weise wird eine Gemeinschaft dazu gezwungen, ein Architektur- oder Ingenieurbüro zu beauftragen, was mit entsprechenden Kosten und Zeitaufwand verbunden ist. Will eine Gemeinschaft einen anfechtungssicheren Beschluss fassen, muss sie also vielfach eine Verzögerung und Verteuerung der gewünschten Baumaßnahme in Kauf nehmen. Damit verkehrt die »Drei-Angebote-Rechtsprechung« ihren Ausgangspunkt ins Gegenteil, denn die Mehrheitsentscheidung, sich mit einem Angebot zu begnügen bzw. kein Architekturbüro zu beauftragen, müsste in den Beurteilungsspielraum der Gemeinschaft fallen. Würde man den Maßstab der »ordnungsmäßigen Verwaltung« im vorliegend vertretenen Sinne anwenden und danach fragen, ob ein Beschluss, mit dem eine bestimmte Maßnahme beauftragt wird, ohne dass drei vergleichbare Angebote vorlagen, der Gemeinschaft objektiv nützt, käme meistens wohl keine Ungültigerklärung heraus. Man kann nämlich ohne weiteres davon ausgehen, dass den Wohnungseigentümern die Vorzüge von Vergleichsangeboten ebenso bekannt sind wie die Vorteile der Beauftragung eines Architekturbüros. Es ist keineswegs unvertretbar, auf beides zu verzichten. Wenn den Eigentümern Vergleichsangebote wichtig sind, können sie den Verwalter anweisen, solche einzuholen. Es müsste demnach auch zulässig sein, den Verwalter anzuweisen, nachträglich Vergleichsangebote einzuholen und den Auftrag dann an den günstigsten Anbieter zu vergeben.¹⁴ Nach derzeit h.M. wäre ein solcher Beschluss aber wegen »Ermessensnichtgebrauch« anfechtbar, weil die Eigentümer die Vergabeentscheidung delegieren, statt sie selbst zu treffen.

Dabei soll nicht geleugnet werden, dass unbestimmte Rechtsbegriffe wie jener der »ordnungsmäßigen Verwaltung« eine Präzisierung durch Rechtsprechung und Lehre benötigen und dass die Entwicklung bestimmter Fallgruppen der Rechtssicherheit dienlich sein kann. Und auch nach hier vertretener Auffassung entspricht es nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn Beschlüsse auf einer unzureichenden Informationslage gefasst werden. Die »Drei-Angebote-Rechtsprechung« geht aber, wie gezeigt, zu weit und hat noch nicht einmal den Vorteil der Rechtssicherheit für sich. Unsinnig auf die Spitze getrieben wird sie bei der Verwalterbestellung, wenn nicht erneut der amtierende Verwalter, sondern ein anderer gewählt werden soll (oder wenn es keinen amtierenden Verwalter gibt). Im Fall der Neubestellung sind mehrere Vergleichsangebote Pflicht;¹⁵ aber niemand ist für die Einholung dieser Vergleichsangebote zuständig. Die Einholung von Angeboten seiner Konkurrenten ist

14 LG Karlsruhe, Urt. v. 16.06.2009 – 11 S 25/09, BeckRS 2010, 17796 hielt einen solchen Beschluss für rechtmäßig.

15 BGH, Urt. v. 01.04.2011 – V ZR 96/10, NZM 2011, 515; bestätigt von BGH, Urt. v. 27.02.2015 – V ZR 114/14; NJW 2015, 1378 Rn. 10. Ihm folgend die Instanzrechtsprechung, s. nur LG Frankfurt a. M., Urt. v. 07.01.2015 – 2-09 S 45/14; NZM 2015, 350.

nämlich insbesondere nicht die Aufgabe des amtierenden Verwalters.¹⁶ Aber auch die Eigentümer sind nicht zur Einholung verpflichtet. Was passiert, wenn eine engagierte Eigentümerin in einer verwalterlosen Gemeinschaft das Angebot eines Verwalters einholt und dieser daraufhin von der Gemeinschaft bestellt wird? Das LG Frankfurt a.M. erklärte den Bestellungsbeschluss wegen der fehlenden Alternativangebote für ungültig.¹⁷ Hätte das Gericht nicht nach Maßgabe des gesetzefernen Kriteriums der »drei Angebote« entschieden, sondern danach gefragt, was der Gemeinschaft objektiv nützt, wäre das Ergebnis anders ausgefallen: Selbstverständlich ist es für eine Gemeinschaft besser, einen Verwalter zu bestellen (auch wenn keine Vergleichsangebote vorliegen) als keinen zu bestellen. Die Bestellung eines Verwalters ist eine gesetzlich vorgesehene Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung; dass hierfür Vergleichsangebote vorliegen müssen, steht nicht im Gesetz. Die Vorgabe, dass bei der Neubestellung grundsätzlich drei Vergleichsangebote vorliegen müssen, ist nicht nur mit dem der Gemeinschaft zustehenden Beurteilungsspielraum nicht zu vereinbaren, sondern kann sich im Einzelfall sogar als eine gem. § 26 Abs. 1 S. 5 WEG unzulässige Erschwerung der Verwalterbestellung darstellen. Wer schon einmal einen Verwalter für eine bislang verwalterlose, zerstrittene und deshalb »unattraktive« kleine Gemeinschaft gesucht hat, weiß, dass es größte Schwierigkeiten machen kann, überhaupt einen übernahmebereiten Kandidaten zu finden. Es ist nicht zu rechtfertigen, in solchen Fällen von den Wohnungseigentümern auch noch zu verlangen, Vergleichsangebote zu besorgen. Trotzdem werden die Vergleichsangebote sogar dann verlangt, wenn ein Eigentümer die gerichtliche Verwalterbestellung einklagt,¹⁸ wodurch der gesetzlich verbrieft Anspruch jedes Wohnungseigentümers auf Bestellung einer Verwaltung massiv erschwert wird.

3. Der Zwang zur Diskussion

Die Eigentümer sollen nach h.M. nicht nur die Möglichkeit haben, ihr Ermessen auf der Basis hinreichender Informationen auszuüben. Sie werden zur aktiven Ermessensausübung auch gezwungen, denn sonst liegt ein zur Ungültigerklärung des Beschlusses führender Ermessensnichtgebrauch vor. In seinem Urteil vom 25.09.2015¹⁹ entschied der BGH, dass sich die Ordnungsmäßigkeit eines Beschlusses über die Aufnahme eines Verbandsdarlehens »nur nach sorgfältiger Abwägung aller relevanten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der allseitigen Interessen der betroffenen Wohnungseigentümer feststellen« lasse. Zu den besonderen Problemen des Verbandsdarlehens gehöre die im Innenverhältnis bestehende Nachschuss-

16 Vgl. BGH, Urt. v. 01.04.2011 – V ZR 96/10, NZM 2011, 515 Rn. 13, wonach der Verwalter in dieser Hinsicht »befangen« ist.

17 LG Frankfurt a. M., Urt. v. 07.01.2015 – 2-09 S 45/14, NZM 2015, 350. AA LG Dortmund, Urt. v. 15.01.2016 – 17 S 112/15, MietRB 2017, 260 Rn. 6.

18 LG Dortmund, Urt. v. 10. 11.2015 – 1 S 308/15, ZMR 2016, 387 Rn. 18; LG Hamburg, Beschl. v. 20. 01.2016 – 318 S 99/15, ZMR 2016, 724.

19 BGH, Urt. v. 25.09.2015 – V ZR 244/14, ZMR 2016, 49, Rn. 35 ff.

pflicht der Wohnungseigentümer, und diese müsse – so der BGH – Gegenstand der Erörterung in der Wohnungseigentümerversammlung gewesen sein. Darüber hinaus verlangt der BGH, dass »die entsprechende Unterrichtung der Wohnungseigentümer in dem Protokoll der Eigentümerversammlung zu dokumentieren ist«. Im entschiedenen Fall wurde der Beschluss der Darlehensaufnahme für ungültig erklärt, weil sich dem Versammlungsprotokoll die erforderliche Unterrichtung der Wohnungseigentümer nicht entnehmen ließ. Diese Ausführungen werfen einige Fragen auf. Man fragt sich zunächst, wie es zu einer rechtmäßigen Beschlussfassung kommen soll, wenn die Eigentümer in der Versammlung die Erörterung verweigern und sich keine Diskussion entfalten will. Man stellt des Weiteren verwundert fest, dass das Gesetz in § 24 Abs. 6 S. 1 WEG nur eine Niederschrift der Beschlüsse verlangt und dass keine weitere Dokumentation des Versammlungsverlaufs, insbesondere kein Protokoll i.S.e. Zusammenfassung der Erörterungen, vorgesehen ist. Man fragt sich schließlich, wie es sein kann, dass die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses, der bekanntlich ab dem Zeitpunkt seiner Verkündung rechtlich wirksam existiert, davon abhängen kann, was später im Versammlungsprotokoll steht bzw. nicht steht. Insgesamt kann den Ausführungen des BGH wegen dieser nicht zu beantwortenden Fragen nicht zugestimmt werden. Nach hiesiger Sicht wurde die Beschlussmängelkontrolle im BGH-Fall der Darlehensaufnahme unter einem falschen Fokus vollzogen. So wünschenswert die vom BGH verlangte Transparenz und Abwägung auch ist, können diese Gesichtspunkte doch nicht den Ausschlag dafür geben, ob ein Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht oder nicht. Würde man das Urteil in dieser Hinsicht ernst nehmen, müssten die darin aufgestellten Grundsätze auch in anderen Fällen Geltung beanspruchen. Dann müsste zu jedem Beschluss zwingend eine Diskussion des Für und Wider stattfinden, die in einem »Protokoll« zu dokumentieren wäre. Eine gesetzliche Grundlage für diese Vorgaben fehlt.

4. Der untaugliche, aber wiedergewählte Verwalter

Ehedem war es anerkannt, dass ein Bestellungsbeschluss ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht, wenn unter Berücksichtigung aller, nicht notwendig vom Verwalter verschuldeter Umstände nach Treu und Glauben eine Zusammenarbeit mit ihm unzumutbar ist, insbesondere wenn bereits im Zeitpunkt der Bestellung Interessensgegensätze offenkundig sind und deshalb von vornherein nicht mit der Begründung eines unbelasteten, für die Tätigkeit des Verwalters erforderlichen Vertrauensverhältnisses zu den anderen Wohnungseigentümern zu rechnen ist.²⁰ Seit 2012 gelten indes modifizierte Grundsätze: »Die Bestellung des Verwalters widerspricht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung erst, wenn die Wohnungseigentümer ihren Beurteilungsspielraum überschreiten, das heißt, wenn es objektiv nicht mehr vertretbar erscheint, dass sie den Verwalter ungeachtet der gegen ihn sprechenden Umstände

20 LG Itzehoe, Urt. v. 26.01.2018 – 11 S 33/17, ZMR 2018, 436; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.07.2007 – 14 Wx 41/06, ZMR 2008, 408; bis 2012 st. Rspr.

bestellen.«²¹ Ob der Verwalter während seiner Amtszeit schlecht gearbeitet hat und die Gemeinschaft ihn womöglich aus mehr als nur einem wichtigen Grund hätte abberufen können, ist nicht ausschlaggebend. Denn der Gemeinschaft wird ein »Verzeihungsermessen« eingeräumt. Demnach fällt es in den Beurteilungsspielraum der Gemeinschaft, bei der (Wieder-)Bestellung des Verwalters dessen frühere Verfehlungen bei günstiger Zukunftsprognose nicht gegen ihn zu verwenden.²²

Wann ist die Entscheidung für einen bestimmten Verwalter »objektiv unvertretbar«? Das ist Ansichtssache, und deshalb ist mit der Einführung dieses neuen Maßstabs nichts gewonnen. Deutlich wird aber die Zielrichtung der vom BGH vorgegebenen Linie: Die Entscheidung der Mehrheit für einen bestimmten Verwalter genießt eine besondere Wertschätzung und soll nur im Ausnahmefall gerichtlich korrigiert werden. Während bei den Beschlüssen über die Beauftragung einer größeren Instandsetzungsmaßnahme, über eine Darlehensaufnahme oder (vorliegend nicht thematisiert) über eine Jahresabrechnung die Detailtiefe der gerichtlichen Vorgaben kaum eine Grenze kennt, zieht sich die Rechtsprechung bei der Verwalterbestellung weit zurück; hier ist der Beurteilungsspielraum der Eigentümer fast grenzenlos. Geradezu offenerherzig verlautbart diese Zurückhaltung bspw. das LG Karlsruhe, das »in ständiger Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen an ein gerichtliches Eingreifen in diese Vertrauensentscheidung« (Verwalterbestellung) stellt. Auch bei Bedenken von einigem Gewicht gegen die Wiederbestellung des amtierenden Verwalters infolge nicht unerheblicher Pflichtverletzungen während seiner Bestellungszeit, die sogar als wichtiger Grund für seine vorzeitige Abberufung ausgereicht hätten, könne ein mehrheitlich gefasster Wiederbestellungsbeschluss als (noch) ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechend qualifiziert werden.²³ Wenn man sich den gesetzlichen Maßstab der Beschlusskontrolle vor Augen hält, also danach fragt, was vom Standpunkt eines vernünftigen Menschen aus betrachtet dem geordneten Zusammenleben in der Gemeinschaft dient und der Gemeinschaft nützt, muss man sich über solche selbst auferlegten Beschränkungen (»sehr hohe Anforderungen«) wundern. Vernünftige Wohnungseigentümer wählen einen Verwalter nicht wieder, der in seiner Amtszeit so erhebliche Pflichtverletzungen beging, dass eine fristlose Kündigung möglich gewesen wäre. Bei einem solchen Verwalter ist eine unbelastete Verwaltung zwangsläufig nicht zu erwarten; seine Wiederbestellung entspricht deshalb objektiv nicht ordnungsmäßiger Verwaltung. Allein der Umstand, dass sich für die Wiederbestellung eine Mehrheit fand und der Vorgang der Beschlussfassung formal betrachtet nicht zu beanstanden war, reicht eben nicht aus, damit der Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Es sei am Rande noch erwähnt, dass nach der Erfahrung des Verfassers in solchen Fällen der Wiederbestellung untauglicher Verwalter die Mehr-

21 BGH, Urt. v. 22.06.2012 – V ZR 190/11, NZM 2012, 654 Rn. 7; bestätigt durch BGH, Urt. v. 27.01.2015 – V ZR 114/14, ZWE 2015, 215 Rn. 5; LG Hamburg, Beschl. v. 30.11.2015 – 318 S 81/15, ZMR 2016, 226 Rn. 3; LG München I, Urt. v. 12.03.2015 – 36 S 24746/13, ZMR 2015, 796.

22 LG Köln, Urt. v. 20.02.2014 – 29 S 181/13, ZWE 2014, 414 Rn. 21.

23 LG Karlsruhe, Urt. v. 17.11.2015 – 11 S 46/15, NZM 2016, 174.

heit regelmäßig aus desinteressierten, fehlinformierten oder gar vom Verwalter manipulierten Eigentümern besteht; zudem kommt die Mehrheit typischerweise nur unter Gebrauch zahlreicher dem Verwalter erteilter Vollmachten zustande. Der Schutz der »vernünftigen« Minderheit bleibt bei derartigen Beschränkungen der Beschlussmängelkontrolle auf der Strecke.

5. Der maßgebliche Zeitpunkt:

Weil nach h.M. im Zuge einer Beschlussanfechtung der Vorgang der Willensbildung überprüft wird, ist der Zeitpunkt und der verobjektivierte Kenntnisstand der Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung maßgeblich.²⁴ Speziell bei der Anfechtung einer Verwalterbestellung soll ein Nachschieben von Gründen (Vorkommnissen), die erst nach der Wahl entstanden oder bekannt wurden, nicht zulässig sein.²⁵ Dem Beschluss über die (Wieder-)Wahl des Verwalters liege eine Prognose über dessen künftige Fähigkeiten und Leistungen zugrunde. Die Rechtmäßigkeit des Beschlusses sei ex ante zu beurteilen; der Beschluss werde nicht dadurch fehlerhaft, dass sich die Prognose aus später bekannt werdenden Gründen (ex post) als unzutreffend erweise. Dass die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit eines Beschlusses ex ante zu erfolgen habe, lässt sich aber weder dem Wortlaut des Gesetzes noch seinem Sinn und Zweck entnehmen.²⁶ Das ausschließliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung ist jedenfalls nicht prozessökonomisch. Denn wenn im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die Ungeeignetheit eines Verwalters feststeht, warum sollte dann die gegen seine Bestellung gerichtete – sachlich begründete – Anfechtungsklage gewissermaßen wider besseres Wissen abgewiesen und der Kläger darauf verwiesen werden, die neuen Erkenntnisse zur Grundlage eines (mühsamen und zeitaufwändigen) Verfahrens auf Abberufung des Verwalters zu machen? Wenn man mit der hier vertretenen Auffassung nicht (nur) den Vorgang der Willensbildung überprüft, sondern auch das Beschlussergebnis, ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen: Tatsachenvortrag, der bis zu diesem Zeitpunkt ohne Verspätung vorgebracht wurde, ist zu berücksichtigen.²⁷ So verhält es sich auch in dem umgekehrten Fall, in dem statt der Ungültigerklärung eines Beschlusses gem. § 21 Abs. 4 oder

24 BGH, Urt. v. 02.10.2015 – V ZR 5/15, ZMR 2016, 122, Rn. 13; im Urteil BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rn. 28 wird die Frage hingegen unter Hinweis auf Staudinger/Lehmann-Richter, BGB, Bd. §§ 20–64 WEG, 17. Aufl. 2017, § 21 WEG Rn. 103 ausdrücklich offengelassen; LG Itzehoe, Urt. v. 20.05.2016 – 11 S 78/15, ZWE 2016, 420; Hügel/Elzer (Fn. 4), § 46 Rn. 3a.

25 LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 21.03.2018 – 2-09 S 74/17, IMR 2018, 252; LG Stuttgart, Urt. v. 29.07.2015 – 10 S 68/14, NZM 2015, 703 mz. ust. Anm. Dötsch, jurisPR-MietR 23/2015, 12; LG München I, Urt. v. 12.03.2015 – 36 S 24746/13, ZMR 2015, 796; Jennißen/Jennißen, WEG, 5. Aufl. 2017, § 26 Rn. 70 (eine – inkonsequente – Ausnahme für den »Extremfall« befürwortend, »wenn sich nach der Verwalterwahl herausstellt, dass der Verwalter eine Straftat zu Lasten der Eigentümergemeinschaft begangen hat«.

26 Staudinger/Lehmann-Richter (Fn. 24) § 21 WEG Rn. 103.

27 So auch AG Hamburg, Urt. v. 15.02.2011 – 102D C 79/10, ZMR 2011, 758.

8 WEG dessen »Erlass« geltend gemacht wird: Ob auf den beantragten Beschluss ein Anspruch besteht, bestimmt sich nach dem Kenntnisstand im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, mag auch die Beschlussfassung der Wohnungseigentümer auf Basis des damaligen Kenntnisstandes ermessensfehlerfrei gewesen sein. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entscheidung ist nicht der Zeitpunkt der Beschlussfassung. Nach allgemeinen prozessualen Regeln kommt es vielmehr darauf an, ob der geltend gemachte Anspruch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung besteht; unerheblich ist, ob bereits bei der Ablehnung des Beschlussantrags eine Handlungspflicht der Wohnungseigentümer bestand.²⁸

In diesem Zusammenhang sei noch ein kurzer Ausflug in das Verwaltungsrecht gestattet. Die verwaltungsrechtliche Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte gem. § 113 VwGO unterliegt als Gestaltungsklage strukturell denselben Prinzipien wie die WEG-rechtliche Anfechtungsklage,²⁹ weshalb sich auch hier die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt stellt. Es zeigt sich ein uneinheitliches Bild; die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten wird sogar zu den schwierigsten Themen des Verwaltungsrechts gezählt.³⁰ Die vom BVerwG angeführte h.M. hält im Regelfall die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung für maßgeblich; nur bei einer Verpflichtungsklage komme es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.³¹ Vereinzelt wird aber auch der vorliegend vertretende Standpunkt vertreten und postuliert, dass sich – auch mit Blick auf Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG – die richterliche Kontrolle grundsätzlich an der (aktuellen) Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung auszurichten habe. »Die nahezu tautologische und vermeintlich am Streitgegenstand orientierte Prämisse, bei der Anfechtungsklage stehe die Kontrolle der behördlichen Tätigkeit im Vordergrund, liefert noch keine dogmatisch überzeugende Begründung dafür, Anfechtungs- und Verpflichtungsklage unterschiedlich zu behandeln.«³²

Lässt man i.S.d. hier vertretenen Auffassung das Nachschieben später entstandener oder bekannt gewordener Gründe zu, stellt sich nur ein Problem in Bezug auf die (zweimonatige) Begründungsfrist des § 46 Abs. 1 S. 2 WEG. Nach h.M. schließt die Begründungsfrist das Nachschieben von Gründen nämlich aus, auch wenn diese erst nachträglich bekannt wurden. Diese Auffassung ist aber weder in der Herleitung noch im Ergebnis überzeugend.³³ Ist eine Beschlussanfechtungsklage fristgerecht begründet worden, ist vielmehr noch das Nachschieben weiterer Gründe bis zur Grenze der Präklusion (§§ 296, 296a, 288 ZPO) zuzulassen.³⁴ Das gleiche Ergebnis kommt heraus, wenn man hinsichtlich neuer Tatsachen, die nicht innerhalb der Be-

28 BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rn. 26.

29 K. Schmidt JZ 1988, 729.

30 BeckOK VwGO/Decker, VwGO, 47. Ed. Oktober 2018, § 113 Rn. 21.

31 BVerwG, Beschl. v. 30.04.1996 – 6 B 77/95, NVwZ-RR 1997, 132; Kuhla/Hüttenbrink/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl., D. Rn. 164.

32 Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 113 Rn. 239, 240.

33 Bonifacio ZMR 2007, 592 (593); Dötsch ZMR 2008, 433 (439).

34 Hügel/Elzer (Fn. 4) § 46 Rn. 99.

gründungsfrist vorgebracht werden konnten, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 46 Abs. 1 S. 3 WEG, §§ 233 ff. ZPO) zulässt.³⁵

6. Fazit

Vor einer übertriebenen Ausweitung der einer Beschlussfassung vorausgehenden Informations- und Dokumentationspflichten ist ebenso zu warnen wie vor einer übertriebenen Zurückhaltung bei der Zweckmäßigkeitkontrolle eines Beschlusses. Das eine führt zu einer Bevormundung der Wohnungseigentümer, das andere zu einer Aushöhlung des Minderheitenschutzes. Im Ergebnis muss ein Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen; maßgeblich ist grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

³⁵ Jennißen/Suilmann (Fn 25) § 46 Rn. 111.