

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 2zbr85_02
letzte Aktualisierung: 02.04.2003

<Dokumentnummer> 2zbr85_02

<Gericht> BayObLG

<Aktenzeichen> 2Z BR 85/02

<Datum> 13.03.2003

<Normen> WEG §§ 23 Abs. 4, 26 Abs. 2; ZPO §§ 256, 533

<Titel> Gleichzeitige Abstimmung über mehrere Vorschläge für
Verwalterbenennung

<Leitsatz> **1. Mit der Anfechtung eines Eigentümerbeshlusses kann ein Antrag auf Feststellung des wirklich gefassten, aber vom Versammlungsleiter nicht festgestellten Beschlussinhalts verbunden werden (hier: Bestellung des zweitplatzierten anstelle des erstplatzierten Bewerbers zum Verwalter). Dies setzt aber voraus, dass, abgesehen von der unrichtigen Feststellung des Abstimmungsergebnisses, sonst alle Erfordernisse eines wirksamen Beschlusses gegeben sind.**

2. Die Bestellung zum Verwalter erfordert die einfache Stimmenmehrheit der in der Versammlung anwesenden oder vertretenen Wohnungseigentümer; die relative Stimmenmehrheit genügt auch dann nicht, wenn die Wohnungseigentümer über mehrere Bewerber gleichzeitig abstimmen.

3. Ein unzulässiger Zwischenfeststellungsantrag ist als gewöhnlicher Feststellungsantrag zulässig, wenn ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses besteht.

Gründe

I.

Die Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage, die vor dem 1.1.2002 von der weiteren Beteiligten verwaltet wurde. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 der Gemeinschaftsordnung (GO) bestimmt sich die Anzahl der Stimmen in der Eigentümerversammlung nach Miteigentumsanteilen. Gemäß § 12 Abs. 2 GO kann sich jeder Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung aufgrund schriftlicher Vollmacht durch seinen Ehegatten, Verwandten ersten Grades, einen Rechtsanwalt, den Verwalter, einen vom Verwalter bestimmten Unterbevollmächtigten oder einen anderen Miteigentümer vertreten lassen; die Vertretung durch sonstige Dritte ist ausgeschlossen. Weiter besagt § 12 Abs. 3 GO, dass die Vertretung der Wohnungseigentümer, die nicht anwesend und nicht anderweitig vertreten sind, vom Verwalter ausgeübt wird und der Verwalter, soweit er aufgrund der ihm so erteilten Vollmacht abstimmt, im Sinne der

Mehrheit der Anwesenden bzw., sonst Vertretenen abzustimmen oder sich der Stimme zu enthalten hat. Stimmenthaltungen gelten nicht als Ablehnung (§ 12 Abs. 4 GO).

In der Eigentümerversammlung vom 22.5.2001 beschlossen die Wohnungseigentümer unter Tagesordnungspunkt (TOP) 12 über die Verwalterbestellung und den Abschluss eines Verwaltervertrags ab 1.1.2002. Zur Auswahl standen vier Kandidaten. Von den Wohnungseigentümern waren zu diesem Zeitpunkt 7105,89/10.000 (somit 196) Wohnungseigentümer anwesend oder durch gesonderte Vollmacht vertreten, während sich die Zahl der nach § 12 Abs. 3 GO durch den Verwalter Vertretenen auf 2894,11/10.000 (= 95) Wohnungseigentümer belief. Vor der Beschlussfassung erteilte die Verwalterin für die von ihr vertretenen Miteigentumsanteile Untervollmacht an ein anwesendes Mitglied des Verwaltungsbeirats. Als Abstimmungsergebnis ist im Protokoll festgehalten:

A (weitere Beteiligte)	182 Stimmen
B	108 Stimmen
C	12 Stimmen
D	1 Stimme

Von den auf die weitere Beteiligte entfallenen Stimmen sind 95 Stimmen solche, die das Mitglied des Verwaltungsbeirats kraft der Untervollmacht der Verwalterin abgegeben hatte. Das Protokoll enthält weiter die Feststellung des Versammlungsleiters, dass damit die weitere Beteiligte zur Verwalterin bestellt worden sei.

Die Antragsteller haben zunächst beantragt, den Beschluss über die Verwalterbestellung für ungültig zu erklären sowie festzustellen, dass B rechtswirksam zur Verwalterin bestellt worden ist. Hilfsweise haben sie hierzu Berichtigung des Protokolls dahin beantragt, dass B ab 1.1.2002 zur Verwalterin bestellt wurde. Weiterhin haben sie die Feststellung begehrt, dass das dem jeweiligen Verwalter durch die Gemeinschaftsordnung eingeräumte Recht zur Vertretung abwesender und nicht anderweitigvertretener Wohnungseigentümer nicht übertragbar ist.

Das Amtsgericht hat das Verfahren wegen Beschlussanfechtung abgetrennt und im Übrigen mit Beschluss vom 29.1.2002 die Feststellungsanträge samt dem Hilfsantrag als unbegründet abgewiesen. Mit der sofortigen Beschwerde haben die Antragsteller ihren Antrag auf Feststellung des Beschlussinhalts weiterverfolgt und anstelle der Feststellung, dass das Recht zur Vertretung von Wohnungseigentümern nicht übertragbar sei, nunmehr festzustellen begehrt, dass bei Übertragung der dem jeweiligen Verwalter gemäß der Teilungserklärung eingeräumten Vertretungsmacht abwesender und nicht anderweitigvertretener Wohnungseigentümer auf einen Unterbevollmächtigten die von diesem abgegebenen Stimmen bei der Feststellung des Beschlussergebnisses nur berücksichtigt werden dürfen, wenn der Unterbevollmächtigte für die derart vertretenen Eigentümer mit der Mehrheit der übrigen Eigentümer stimmt oder sich der Stimme enthält. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 30.7.2002 das Rechtsmittel zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller.

Inzwischen ist im abgetrennten Anfechtungsverfahren der Eigentümerbeschluss über die Bestellung der weiteren Beteiligten als Verwalterin durch Beschluss des Senats vom 23.12.2002 (2Z BR 93/02) rechtskräftig für ungültig erklärt worden.

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

1. Das Landgericht hat, teils unter Bezugnahme auf den Beschluss des Amtsgerichts, ausgeführt:

B sei tatsächlich nicht mit Mehrheitsbeschluss zur Verwalterin bestellt worden. Daran ändere nichts, dass die dem Mitglied des Verwaltungsbeirats im Rahmen des § 12 GO übertragenen Stimmen entgegen der Teilungserklärung für die Verwalterin abgegeben wurden und bei einer der Gemeinschaftsordnung gemäßen Abstimmung entweder nicht oder zugunsten von B hatten abgegeben werden müssen. Falsch abgegebene Stimmen führten lediglich zur Ungültigerklärung des gefassten Beschlusses; sie könnten nicht in "richtige" Stimmen umgedeutet werden. Das Beschlussergebnis stehe hier unzweifelhaft fest.

Bei dem nun formulierten Feststellungsantrag handle es sich um eine unzulässige Antragsänderung. Diese sei nicht sachdienlich. Die Frage, ob der Unterbevollmächtigte der Stimmrechtsbindung unterliege, sei Vorfrage im Rahmen der Beschlussanfechtung und dort zu klären. Es fehle somit auch das erforderliche Feststellungsinteresse. Für einen Zwischenfeststellungsantrag fehle es an der Voreingrifflichkeit.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält nicht in allen Teilen der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Feststellung, dass in der Eigentümerversammlung vom 22.5.2001 B durch Mehrheitsbeschluss zur Verwalterin bestellt wurde (§ 26 Abs. 1 Satz 1 WEG), kann auch der Senat nicht treffen.

(1) Allerdings fehlt für die gerichtliche Feststellung des Beschlussinhalts nicht das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. § 256 ZPO). Der Beschluss, wie er durch den Versammlungsleiter mit konstitutiver Wirkung (vgl. BGH NJW 2001, 3339) inhaltlich dahin festgestellt wurde, dass die weitere Beteiligte zur Verwalterin bestellt ist, wurde nach § 23 Abs. 4 WEG für ungültig erklärt. Mit dem Anfechtungsantrag kann grundsätzlich auch ein Antrag auf positive Beschlussfeststellung verbunden werden (BGH ZMR 2002, 930). Nach dem von den Wohnungseigentümern gewählten Verfahren zur Bestellung des Verwalters kann sich aus der erfolgreichen Anfechtung des Beschlusses, dass die Erstplatzierte zur Verwalterin bestellt ist, unmittelbar ein Beschluss des Inhalts ergeben, dass die zweitplatzierte Bewerberin mehrheitlich zur Verwalterin gewählt wurde. Die gerichtliche Beschlussfeststellung greift auch nicht in die Kompetenz der Wohnungseigentümer ein, ihre Angelegenheiten, zu denen die Verwalterbestellung zählt (§ 26 Abs. 1 WEG), selbst zu regeln. Denn das Gericht überprüft lediglich die Richtigkeit des Beschlussergebnisses, das der Versammlungsleiter aufgrund der durchgeführten Abstimmung festgestellt und verkündet hat; es tritt an dessen Stelle und hat wie dieser bei seiner Entscheidung die

erfolgte Abstimmung der Wohnungseigentümer zu respektieren (BGH ZMR 2002, 930).

(2) Grundsätzlich ist es in der Rechtsprechung auch anerkannt, dass in analoger Anwendung von § 256 Abs. 1 ZPO bei fehlerhafter Auszählung der Stimmen infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung das zutreffende Beschlussergebnis gerichtlich festgestellt werden kann (KGWuM 1990, 323; OLG Hamm OLGZ 1979, 296/298 f.; KG OLGZ 1979, 28/30; LG Berlin ZMR 2003, 139/140; Staudinger/Bub WEG § 24 Rn. 124).

(3) Voraussetzung für die begehrte Feststellung ist jedoch, dass sonst alle Erfordernisse eines wirksamen Eigentümerbeschlusses gegeben sind (OLG Hamm OLGZ 1979, 296), wozu etwa die Aufklärbarkeit des Stimmverhaltens zählt (KG OLGZ 1979, 28). Lässt sich nicht sicher feststellen, ob bei richtiger Handhabung der Stimmrechte ein Mehrheitsbeschluss zugunsten von B als Verwalterin zustande gekommen ist, bleibt der Antrag erfolglos. Denn die Feststellungslast (siehe dazu Schmidt in Keidel/Kuntze/Winkler FGG 15, Aufl. § 12 Rn. 214) liegt bei den Antragstellern. Ein Mehrheitsbeschluss erfordert die einfache Mehrheit, das heißt mehr als die Hälfte der in der Versammlung vertretenen Stimmen; eine relative Mehrheit genügt nicht (OLG Schleswig DWE 1987, 133; Staudinger/Bub § 26 Rn. 23, 25; Weitnauer/Hauger WEG 8. Aufl. § 26 Rn. 16; a. A, wohl Merle in Bärman/Pick/Merle WEG 8. Aufl. § 26 Rn. 71). Soweit die Wohnungseigentümer im Beschlussweg einen abweichenden Abstimmungsmodus dahin festgelegt haben, dass derjenige unter den vier Bewerbern zum Verwalter bestellt ist, der die meisten Stimmen erhält, also bereits die relative Mehrheit genügen würde, fehlt der Versammlung die Beschlusskompetenz. Ein solcher Beschluss ist wegen Verstoßes gegen § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG nichtig (BGHZ 145, 158; Staudinger/Bub § 26 Rn. 23, 25). Zulässig ist hingegen auch für die Verwalterbestellung die Vereinbarung, die Mehrheitsverhältnisse nicht nach dem Kopfprinzip, sondern nach Miteigentumsanteilen zu bestimmen (BayObLGZ 1981, 220/225 f.; Staudinger/Bub § 26 Rn. 26 m.w.N.).

(4) Legt man das von den Antragstellern errechnete Abstimmungsergebnis nach Miteigentumsanteilen zugrunde, dann erreicht die zweitplatzierte Bewerberin ,nur die relative Mehrheit der Stimmen.

aa) Die Zahl und die Größe der Miteigentumsanteile ergeben sich aus der Teilungserklärung. Danach bestehen 291 Miteigentumsanteile, deren Größe zwischen 26,5/10.000 und 39,3/10.000 schwankt.

bb) Die Stimmrechte unwirksam vertretener Wohnungseigentümer belaufen sich auf 2894,11/10.000. Diese Zahl ergibt sich aus den Feststellungen im Protokoll zu TOP 1 und beruht nicht auf hypothetischen Berechnungen der Antragsteller.

cc) Abzüglich der 95 Wohnungseigentümer, die bei der Abstimmung nicht anwesend oder durch schriftliche Vollmacht vertreten waren und deren Stimmen kraft der Untervollmacht der Verwalterin ein Mitglied des Verwaltungsbeirats für die weitere Beteiligte abgab, erhielt die weitere Beteiligte 87 Stimmen. Unterstellt man zu deren Gunsten, dass sämtliche Stimmen von Inhabern der größten Miteigentumsanteile stammten, konnte sie höchstens eine Stimmenzahl von 3214,12/10.000 erreichen.

dd) Der Wert weiterer 13 Stimmen, die zugunsten anderer Mitbewerber abgegeben wurden, berechnet sich im für die zweitplatzierte Bewerberin ungünstigsten Fall mit 466,95/10.000.

ee) Aus der Subtraktion des feststehenden Wertes der unwirksam vertretenen Wohnungseigentümer (bb) wie der hypothetischen Höchststimmenzahl zugunsten der weiteren Beteiligten und der übrigen Konkurrenten (cc und dd) von der Gesamtzahl möglicher Stimmenanteile (10.000/10.000) ergibt sich für die Bewerberin an der zweiten Rangstelle ein Anteil von 3424,82/10.000. Dieser liegt zwar über dem Anteil für die weitere Beteiligte (siehe cc), bildet jedoch nur die relative Mehrheit, weil nämlich mehr anwesende oder vertretene Wohnungseigentümer gegen als für die Zweitplatzierte gestimmt hätten. Die Stimmen nicht anwesender und nicht anderweitig Vertreter Wohnungseigentümer (bb) können schon deshalb nicht als positive Stimmen zugunsten dieser Kandidatin gezählt werden, weil insoweit auch Stimmenthaltungen in Betracht gekommen wären. Diese wären nach der Gemeinschaftsordnung zwar nicht als Ablehnung zu werten, würden aber auch nicht als positive Stimmen zugunsten der zweitplatzierten Bewerberin zählen und dieser damit zur einfachen Mehrheit verhelfen.

b) Demgegenüber erweist sich der weitere Antrag auf Feststellung der Stimmenbindung bei Übertragung des Rechts zur Vertretung als begründet.

(1) Das Landgericht hat diese im Beschwerderechtszug erstmals begehrte Feststellung zwar zutreffend als Antragsänderung beurteilt, ermessensfehlerhaft jedoch die Sachdienlichkeit verneint. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist der der Verfahrenswirtschaftlichkeit (z.B. BGH NJW 2000, 800/803). Die Sachdienlichkeit ist im Allgemeinen zu bejahen, wenn der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und die Zulassung die endgültige Beilegung des Streits fördert und einen neuen Rechtsstreit vermeidet (Reichold, in: Thomas/Putzo ZPO 24. Aufl. § 533 Rn. 4; § 263 Rn. 8). So ist es hier. Die Frage nach der Wirksamkeit der Erteilung von Untervollmachten ist auf der Grundlage der gleichen Regelung in der Teilungserklärung, nämlich § 12 GO, zu prüfen wie die Frage der Wirksamkeit der Stimmabgabe durch den Unterbevollmächtigten. Zwischen beiden Problemen besteht ein derart enger Zusammenhang, dass der Wechsel vom einen auf den anderen Feststellungsantrag das Verfahren auf tatsächlicher Ebene nicht ausweitet und auch in rechtlicher Hinsicht nicht mit neuem Streitstoff belastet.

Auch wenn die Frage der Stimmrechtsbindung des Unterbevollmächtigten eine Vorfrage der Beschlussanfechtung bildet, lässt dies die Sachdienlichkeit im gegenständlichen Verfahren nicht entfallen. Die Abtrennung des Anfechtungs- vom Feststellungsverfahren war hier jedenfalls wegen des bestehenden rechtlichen Zusammenhangs (vgl. Zöller/Greger ZPO 23. Aufl. § 145 Rn. 5) zumindest untunlich. Für die Beurteilung der Sachdienlichkeit müssen die Verfahren deshalb als Einheit gesehen werden.

(2) Während der Antrag als Zwischenfeststellungsantrag entsprechend § 256 Abs. 2 ZPO schon deshalb unzulässig geworden ist, weil über den Hauptantrag, nämlich die Ungültigerklärung des Eigentümerbeschlusses, bereits rechtskräftig entschieden ist (vgl. Reichold in Thomas/Putzo § 256 Rn. 33; BGH NJW-RR 1990, 318/319 f.), bestehen gegen den Antrag als Feststellungsantrag analog § 256 Abs. 1 ZPO keine Zulässigkeitsbeden-

ken. Ein unzulässiger Zwischenfeststellungsantrag kann nämlich als gewöhnlicher Feststellungsantrag zulässig sein (Zöller/Greger § 256 Rn. 29). Das rechtliche Interesse der Antragsteller, rechtsverbindlich für alle verfahrensbeteiligten Wohnungseigentümer geklärt zu haben, in welchem Umfang der Unterbevollmächtigte der Stimmenbindung unterliegt, besteht unabhängig von der Entscheidung des Senats vom 23.12.2002 schon deshalb, weil die dortige Begründung nicht in Rechtskraft erwacht. Zudem hat sich der Senat dort auf mehrere alternative, teils nicht abschließend diskutierte Ungültigkeitsgründe gestützt, so dass für die Beteiligten auch tatsächliche Unsicherheiten bei der Wertung von Stimmabgaben in zukünftigen Eigentümerversammlungen verbleiben.

(3) Die Stimmabgabe durch einen Unterbevollmächtigten für den Verwalter hat der Senat in seinem Beschluss vom 23.12.2002 als gegen die Stimmrechtsbeschränkung des § 12 Abs. 3 GO verstoßend angesehen und dazu im Wesentlichen ausgeführt:

Es sei ein grundlegender und allgemein anerkannter Rechtssatz, dass ein Unterbevollmächtigter nicht mehr Befugnisse haben könne als der Hauptbevollmächtigte. Daraus sei zu folgern, dass der Unterbevollmächtigte die Stimmen für die untätigen Eigentümer entweder mit der Mehrheit der Abstimmenden abgeben oder sich der Stimme enthalten müsse. § 12 Abs. 3 GO verleihe dem Verwalter kein eigenständiges Stimmrecht, sondern gebe ihm nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung nur eine Stimmrechtsvollmacht, die zudem inhaltlich beschränkt sei. An diese Beschränkung sei auch der Unterbevollmächtigte gebunden. Seine Stimmabgabe, die diese Beschränkung missachte, sei damit vollmachtlos.

Hieran wird festgehalten.

c) Zu dem ursprünglich erstinstanzlich gestellten, dann fallen gelassenen und nun in der Rechtsbeschwerdeinstanz wieder "vorsorglich" und "hilfsweise" nachgeschobenen Antrag auf Feststellung, dass der jeweilige Verwalter nicht berechtigt ist, für die ihm in § 12 Abs. 3 GO eingeräumte Vertretungsbefugnis nicht erschienener Miteigentümer Untervollmachten zu erteilen, bedarf es unter diesen Umständen keiner weiteren Ausführungen. Der Senat weist aber noch darauf hin, dass eine Antragserweiterung im Rechtsbeschwerdeverfahren ohnehin nicht statthaft wäre (BayObLG WE 1989, 59).

3. Der Senat erachtet es nach § 47 WEG für billig, dass die Antragsteller wie die Antragsgegner nach dem geschätzten Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens einen Teil der Gerichtskosten übernehmen. Dies gilt auch für den ersten Rechtszug. Die Antragsteller haben ihren dortigen Antrag auf Feststellung der Unübertragbarkeit der Verwaltervollmacht zwar nicht weiterverfolgt; doch hätte diesem Antrag nach den im Beschluss des Senats vom 23.12.2002 (unter II 3 b) angestellten Überlegungen ein voraussichtlicher Erfolg nicht abgesprochen werden können. Dagegen ist es mit Rücksicht auf die nicht einfache Sach- und Rechtslage nicht gerechtfertigt, nach § 47 Satz 2 WEG eine Kostenerstattung anzuordnen.

Die in Übereinstimmung mit dem Landgericht getroffene Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 48 Abs. 3 Satz 1 WEG.