

Vereinbarung eines Anspruchs auf Entlastung im Verwaltervertrag – Ausweg oder Irrweg?

Der immer noch weithin übliche Beschluss, mit dem Wohnungseigentümer ihrem Verwalter jährlich Entlastung erteilen, entspricht nach zutreffender neuerer Erkenntnis nicht ordnungsmäßiger Verwaltung. Diese Auffassung ist jedenfalls seit der Entscheidung des BayObLG vom 19.12.2002¹ auch in der Rechtsprechung als herrschend anzusehen², wobei letzte Rechtssicherheit allerdings erst eine Entscheidung des BGH bringen wird³. In der Literatur ist sie ohnehin nahezu unangefochten⁴. Sie ist zutreffend, da es nicht im Interesse der Wohnungseigentümer liegt, auf bekannte oder unbekannte Ansprüche gegen ihren Verwalter zu verzichten. Die Gegenauffassung⁵, welche die Ordnungsmäßigkeit damit begründet, dass der Verwalter bei Versagung der Entlastung aus wichtigem Grund sein Amt niederlegen könne, verkennt die Rechtslage. Sie setzt hierbei voraus, dass der Verwalter einen wirksamen Anspruch auf Entlastung besitzt. Dies ist nicht der Fall. Zudem wäre der Verwalter selbst bei pflichtwidriger Versagung der Entlastung nicht ohne weiteres zur Amtsniederlegung berechtigt.⁶

Der Versuch, sich durch Eigentümerbeschluss von etwaigen Haftpflichtansprüchen freizeichnen zu lassen, kann sich für jeden Verwalter als kostenintensiver

* Dr. jur., Rechtsanwalt in Tübingen.

* * Dr. jur., Rechtsanwalt in München, Müller-Heydenreich, Beutler & Kollegen.

¹ BayObLG, Beschl. v. 19.12.2002 – 2Z BR 104/02, BayObLGZ 2002 Nr. 72 = ZMR 2003, 280, 281 f.

² So zuvor schon ausdrücklich AG Kerpen, Beschl. v. 18.12.1996 – 15 II 27/96, ZMR 1998, 376; AG Hamburg-Blankenese, Beschl. v. 29.1.2003 – 506 II 16/01, ZMR 2003, offen gelassen von OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2001 – 3 Wx 13/01, ZMR 2002, 294; a.A. OLG Schleswig, Beschl. v. 23.1.2002 – 2 W 137/01, ZMR 2002, 382.

³ Diese wird nicht mehr lange auf sich warten lassen, weil das BayObLG die Frage mit Vorlagebeschluss vom 13.3.2003 – 2Z BR 80/02, ZMR 2003, dem BGH zur Entscheidung vorgelegt hat.

⁴ Köhler, ZMR 1999, 293, 295 f.; ders., ZMR 2001, 865, 867; Demharter, ZWE 2001, 256,; Greiner, WE 2003, 54 ff, 78 ff, 102 ff; Riecke, WuM 2003, 256; a.A. allerdings Gottschalg, NJW 2003, 1293, nach dessen Ansicht es „im Einzelfall durchaus im Interesse der Gemeinschaft liegen kann, den mit der Entlastung unter Umständen verbundenen Rechtsverlust in Kauf zu nehmen“.

⁵ Niedenführ, NZM 2003, 305, 307.

⁶ Bärmann/Pick/Merle, § 28 WEG Rz. 116; Staudinger/Bub, 12. Aufl., 1997, § 28 WEG Rz. 454.

„Bumerang“ erweisen: Wird der Entlastungsbeschluss erfolgreich vor Gericht angefochten, sind dem Verwalter die damit verbundenen Verfahrenskosten gem. § 47 WEG aufzuerlegen, weil er den rechtswidrigen Beschluss pflichtwidrig nicht nur nicht verhindert, sondern sogar im Eigeninteresse herbeigeführt und somit schuldhaft veranlasst hat⁷.

Eigentlich wäre dem Verwalter nur zu empfehlen, sich damit abzufinden, dass er wie jeder andere Dienstleister für schuldhafte Fehler bei Erfüllung seiner Verpflichtungen seinen Vertragspartnern haften muss. Nach anderer Ansicht⁸ gibt es für den Verwalter einen Ausweg zur Wiederherstellung des früher unangefochtenen Brauchs, sich jährlich Entlastung erteilen zu lassen. Empfohlen wird die Verankerung eines Anspruchs auf Entlastung im Verwaltervertrag, z.B. durch eine Klausel mit folgendem Wortlaut: „Der Verwalter hat einen Anspruch auf Entlastung in der nächsten ordentlichen Eigentümerversammlung nach Ablauf des Wirtschaftsjahres, wenn nicht für die Eigentümergemeinschaft/den Beirat eine Pflichtverletzung des Verwalters erkennbar ist“⁹. Jedoch begegnet dieser Vorschlag ebenfalls erheblichen Bedenken, wenn man sich die Rechtsfolgen einer solchen Entlastung vor Augen hält:

a) Nach vorherrschender Auffassung¹⁰ beinhaltet die Entlastung ein negatives Schuldanerkenntnis gem. § 397 Abs. 2 BGB u.a. mit der Folge, dass die Gemeinschaft keine Ansprüche wegen solcher Vorgänge gegen den Verwalter mehr geltend machen kann, die bekannt waren oder bei sorgfältiger Prüfung bekannt gewesen wären. Dogmatisch gibt der Verwalter als typischer Versammlungsleiter bei Beschlussverkündung im eigenen Namen im Wege eines Insiggeschäfts (§ 181

⁷ Zur Berücksichtigung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs bei der Entscheidung über die Verfahrenskosten s. BGH, Beschl. v. 3.7.1997 – V ZB 2/97, NJW 1997, 2957 = ZMR 1997, 531; BayObLG, Beschl. v. 26.9.2002 – 2Z BR 78/02, BayObLGZ 2002, Nr. 56 = ZMR 2003, 124; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 24.6.1999 – 3 W 86/99, OLGR 2000, 106 = ZMR 1999, 662.

⁸ Gottschalg, NJW 2003, 1293, 1294; Niedenführ, NZM 2003, 305, 306; Riecke, WuM 2003, 256, 257; wohl auch Häublein, ARGE Mietrecht und WEG, Info-letter 1/2003, S. 19.

⁹ So der Formulierungsvorschlag von Riecke, WE 2003, 49 sowie WuM 2003, 256. Eine derartige Klausel wird ferner empfohlen oder jedenfalls für zulässig gehalten von AG Kerpen, Beschl. v. 18.12.1996 – 15 II 27/96, ZMR 1998, 376; Köhler, ZMR 1999, 293; Gottschalg, NJW 2003, 1294.

¹⁰ BGH, Urt. v. 6.03.1997 – III ZR 248/95, ZMR 1997, 308; BayObLG, Beschl. v. 23.02.2001 – 2Z BR 36/01, ZMR 2001, 567; BayObLG, Beschl. v. 28.02.2002 – 2Z BR 171/01, ZMR 2002, 684; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 3.12.1999 – 11 Wx 76/99, ZMR 2000, 196; KG, Beschl. v. 30.11.1992 – 24 W 1188/92, NJW-RR 1993, 404; Bärmann/Pick/Merle, 8. Aufl., 2000, § 28 WEG Rz. 112; Deckert, ETW, Stand: 4/02, Gruppe 4 Rz. 123/1267; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., 1999, Rz. 513; MünchKomm/Röll, 3. Aufl., 1997, § 28 WEG Rz. 23; zu den weiteren Rechtsfolgen einer bestandskräftigen, ausdrücklichen Entlastung vgl. den vortrefflichen Überblick bei Köhler, ZMR 1999, 293 294 mwNw.

BGB) ein Angebot zum Abschluss eines entsprechenden Vertrags ab.¹¹ Auf den Zugang der Annahmeerklärung des Verwalters verzichtet die Gemeinschaft nach § 151 BGB konkludent.

In der Praxis hat es sich immer wieder als „Bumerang“ erwiesen, dass es bei Beurteilung der Frage, was der Gemeinschaft bei sorgfältiger Prüfung erkennbar gewesen wäre und damit haftungsrechtlich ausgeschlossen ist, zwar nicht auf einen einzelnen, besonders informierten Eigentümer¹², aber gem. § 166 Abs. 1 BGB analog auf den Verwaltungsbeirat¹³ ankommen soll. Mit anderen Worten: Kenntnisse oder Kennenmüssen dieser Wohnungseigentümer müssen sich alle Gemeinschaftsmitglieder zu ihrem Nachteil zurechnen lassen.

b) Bei Berücksichtigung dieser Ausgangslage ist die formularmäßige Vereinbarung eines Entlastungsanspruchs im Verwaltervertrag unwirksam. Der Verwaltervertrag unterliegt auch nach Auffassung des BGH¹⁴ der AGB-Kontrolle. Sofern auf Seiten der Gemeinschaft Wohnungseigentümer in ihrer Eigenschaft als Verbraucher (§ 13 BGB) Vertragspartner des typischerweise unternehmerisch tätigen Verwalters (vgl. § 14 BGB) werden, sind die Normen des AGB-Rechts und ergänzend im Wege richtlinienkonformer Auslegung die Bestimmungen der sog. Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5. April 1993, Abl. Nr. L 95/29) auch auf Individualverträge gem. § 310 Abs. 3 BGB anzuwenden.

Die derzeit vorgeschlagenen Formulierungen dürften außer bei entsprechendem Hinweis des Verwalters gegenüber allen Eigentümern überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, zumindest aber intransparent i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und damit unwirksam sein.¹⁵ Der durchschnittliche „private“ Wohnungseigentümer verbindet mit

¹¹ Zutreffend Köhler, ZMR 1999, 293, 297 f.; Rühlicke, ZWE 2002, 54, 55; Staudinger/Bub, 12. Aufl., 1997, § 28 WEG Rz. 434; a.A. BayObLG, Beschl. v. 6.03.1987 – Breg. 2 Z 26/86, NJW-RR 1988, 81; Niefenführ, NZM 2003, 305.

¹² BayObLG, Beschl. v. 1.02.2001 – 2Z BR 122/00, ZMR 2001, 558; Köhler, ZMR 1999, 293, 297.

¹³ OLG Düsseldorf, 30.10.2000- 3 Wx 92/00, ZMR 2001, 301; OLG Köln, Beschl. v. 27.06.2001 – 16 Wx 87/01, ZMR 2001, 913; Bärmann/Pick/Merle, 8. Aufl., 2000, § 28 WEG Rz. 112; Staudinger/Bub, 12. Aufl., 1997, § 28 WEG Rz. 443; a.A. Köhler, ZMR 1999, 293, 296; Sauren, § 28 WEG Rz. 68; differenzierend nunmehr für die Frage der Wissenszurechnung nach den gesetzlichen oder übertragenen Aufgaben zutreffend Köhler, ZMR 2001, 865, 867.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 20.06.2002 – V ZB 39/01, ZfIR 2002, 731.

¹⁵ Ansatzweise Furmans, in: Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Verwaltervertrag für Wohnungseigentum, Stand: 4/99, Rz. 84.

dem Wort „Entlastung“ regelmäßig nicht die dargestellten weitreichenden rechtlichen Konsequenzen. Die Klauselvorschläge erläutern diese Rechtswirkungen auch nicht. Sie benachteiligen den Wohnungseigentümer auch unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 2 BGB. Zum einen weicht die Vereinbarung eines Anspruchs auf ein negatives Schuldanerkenntnis von den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, welche eine Enthftung des Verwalters nur bei Verjährung oder Verwirkung vorsehen. Zum anderen wäre die ordnungsgemäße Erfüllung des Verwaltervertrages gefährdet, wenn der Verwalter im Entlastungswege erreichen könnte, für bloß erkennbare Vertragspflichtverletzungen – außer bei Straftaten – nicht mehr von den Eigentümer belangt werden zu können.

Bei Verbraucherverträgen kommt hinzu, dass ergänzend die Situation bei Vertragsschluss (vgl. 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB) und die vorrangigen Vorgaben der Klauselrichtlinie zu beachten sind. Nach einer neueren EuGH-Entscheidung¹⁶ kommt es aufgrund der erheblichen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen des Mitgliedsstaaten nicht darauf an, auf welche Art und Weise kraft nationalem Recht die materiellen Wirkungen im Vertragsverhältnis herbeigeführt werden; das nationale Gericht hat zudem einen etwaigen Missbrauch von Amts wegen zu überprüfen. Entscheidend spricht für einen Missbrauch durch den „Gewerbetreibenden“ (Unternehmer i.S.v. § 14 BGB) nach Auffassung des EuGH¹⁷ bereits, wenn der Verbraucher an der Wahrnehmung seiner Rechte faktisch nicht unerheblich gehindert wird. Dies dürfte bei einem „privaten“ Wohnungseigentümer anzunehmen sein, weil er organisatorisch und intellektuell kaum in der Lage sein wird, die Tätigkeit des Verwalters zeitnah zutreffend zu beurteilen. Der gem. Erwägungsgrund Nr. 17 zur Klauselrichtlinie lediglich einen Minimalcharakter festlegende Anhang zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie führt in lit. b) wie folgt aus:

„die Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden oder einer anderen Partei [...] ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht oder mangelhaft erfüllt“

¹⁶ EuGH, Urt. v. 27.06.2000 – Rs C-240-244/98 „Océano Grupo ./ Quintera u.a.“, ZIP 2000, 1165, insbesondere Tz. 22/26/28; dazu EWiR 2000, 783 (Freitag); zur Auswirkung auch auf das nationale Verfahrensrecht Borges, NJW 2001, 2061, 2062; Schwartze, JZ 2001, 246, 247.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 21.11.2002 – Rs C-473/00 „Cofidis SA ./ Jean-Louis Fredout“, EuZW 2003, 27, insbesondere Tz. 32/34; dazu EWiR 2003, 339 (Kröll) und Rott, EuZW 2003, 5, 7 I. Sp.

Die Missbräuchlichkeit in diesem Sinne könnte damit begründet werden, dass der „private“ Wohnungseigentümer Haftungsansprüche gegen den gewerblichen Verwalter zur Vermeidung eines Anspruchsverlust zu einem Zeitpunkt „sorgfältig“ prüfen muss, zu welchem er ohne professionelle Hilfe oder erheblichen Aufwand die der Pflichtverletzung zugrundeliegenden Tatsachen nicht entdecken kann und sich sogar die fehlende Sorgfalt anderer „privater“ Wohnungseigentümer, des Verwaltungsbeirats, zurechnen lassen muss. Zudem trägt der „private“ Wohnungseigentümer die oftmals nicht bekannte befristete „Anfechtungslast“, wenn der Verwalter auf der Entlastung gem. unwirksamer Vertragsklausel besteht und die Gemeinschaft dem Wunsch mehrheitlich nachkommt.

Sofern ein nationales Gericht abweichend von der hier vertretenen Ansicht der Auffassung wäre, dass eine entsprechende Entlastungsklausel in einem Verbrauchervertrag wirksam wäre, müsste es analog § 148 ZPO das Verfahren aussetzen und die abstrakte Rechtsfrage auf ihre Vereinbarkeit mit der Klauselrichtlinie¹⁸ dem EuGH gem. Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorlegen.

c) Dieses Zwischenergebnis hat in der Praxis erhebliche Folgewirkungen:

Ein Beschluss, welcher den Verwaltungsbeirat bevollmächtigt und beauftragt, einen Verwaltervertrag mit Entlastungsanspruch abzuschließen, entspricht aus den vorgenannten Gründen ebenfalls nicht ordnungsmäßiger Verwaltung.¹⁹ Die Prämisse, wonach der Beschluss, durch welchen dem Verwalter Entlastung erteilt wird, rechtswidrig ist, hat zur logischen Folge, dass in aller Regel auch der Beschluss rechtswidrig ist, durch welchen dem Verwalter ein vertraglicher Anspruch auf Erteilung der Entlastung eingeräumt wird. Das könnte nur dann anders sein, wenn der Verwalter der Gemeinschaft im Gegenzug besonders günstige Konditionen im Verwaltervertrag anböte, so dass die Gemeinschaft mit der Einräumung eines Anspruchs auf Entlastung nicht „grundlos“ auf ihre eventuellen Ersatzansprüche verzichtet. Jedoch ist ungeklärt, wie solche Gegenleistungen konkret aussehen müssen, um die unmittelbar mit dem Entlastungsanspruch verbundenen Nachteile ausreichend zu kompensieren.

¹⁸ Zur teilweise ungeklärten Rechtsqualität des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 der Klauselrichtlinie und des supranationalen Missbrauchsbegriffs vgl. Pfeiffer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 8/02, Bd. III: Sekundärrecht, A. 5, Art. 3 Rz. 39 ff./78 ff.; Vogel, EWIR 2002, 591, 592 mwNw. zu BGH, Beschl. v. 2.05.2002 – VII ZR 178/01, ZIP 2002, 1197.

¹⁹ A.A. Gottschalg, NJW 2003, 1293, 1294.

Wird der Beschluss dennoch bestandskräftig, so bevollmächtigt er den Beirat lediglich, einen Verwaltervertrag namens und für alle Eigentümer mit dem Inhalt, dem Verwalter auch einen Entlastungsanspruch zuzubilligen, abzuschließen. Der Beschluss selbst gibt dem Verwalter nach seinem objektiven Inhalt noch keinen „bestandskräftigen“ Anspruch, zukünftig Entlastung verlangen zu können. Dies folgt auch daraus, dass anderenfalls ein Gesetz nicht niedergelegt, von ihm abweichender Anspruch dauerhaft für die Zukunft festgelegt würde, ohne dass das Wohnungseigentumsgesetz hierfür eine Beschlussermächtigung enthält, so dass der Beschluss bei abweichender Auslegung nichtig wäre.

Schließt der Beirat mit dem Verwalter einen Vertrag mit Entlastungsanspruch ab, so verhindert dies eine AGB-rechtliche Kontrolle nicht. Nur dann, wenn die konkrete Klausel ausnahmsweise unter Einhaltung der erheblichen Anforderungen der einschlägigen Rechtsprechung²⁰ individuell ausgehandelt wurde, kommt es auf die ungeklärte Frage an, ob der Vertrag nicht dennoch § 310 Abs. 3 BGB und damit der Klauselrichtlinie unterliegt. Stammt die Formulierung trotz Aushandelns vom Verwalter, seinem Vertreter oder seinem Verband, so ist nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine Klauselkontrolle zugunsten des „privaten“ Wohnungseigentümers vorzunehmen. Ungeklärt ist dies, wenn die konkrete Formulierung vom Verwaltungsbeirat stammt. Muss sich der „private“ Wohnungseigentümer dessen „Formulierungsmacht“ zurechnen lassen? Dies ist ein Problem der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 der Klauselrichtlinie i.V.m. Erwägungsgrund Nr. 9,²¹ so dass bei Verfahrensrelevanz ein nationales Gericht die Frage dem EuGH vorlegen müsste.

c) Bevollmächtigt und beauftragt die Wohnungseigentümergeinschaft ohne weitere inhaltliche Präzisierung (z.B. Vorgaben zum Vertragsinhalt, Bezugnahme auf einen Musterverwaltervertrag oder ein konkretes Angebot) den Verwaltungsbeirat, mit dem Verwalter einen Vertrag mit einer bestimmten Vergütung abzuschließen, so ist die Vereinbarung eines Entlastungsanspruchs von der Vollmacht nicht gedeckt, weil dies ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht. Die erteilte Vollmacht erstreckt sich nur auf solche Klauseln, die ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen und demnach von der Eigentümerversammlung durch Mehrheitsbeschluss unanfechtbar

²⁰ BGH, Urt. v. 23.01.2003 – VII ZR 210/01, ZIP 2003, 908; BGH, Urt. v. 16.07.1998 – VII ZR 9/97, BauR 1998, 1094; BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 104.

²¹ Hierzu weiter führend MünchKomm/Basedow, 4. Aufl., 2003, § 310 BGB Rz. 56-58; Pfeiffer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 8/02, Bd. III: Sekundärrecht, A. 5, Art. 3 Rz. 19.

beschlossen werden könnten. Eine weiter gehende Befugnis als die Gemeinschaft kann der Bevollmächtigte nicht haben. Ferner besteht zur Vereinbarung von Regelungen, mit denen die Gemeinschaft nicht zu rechnen brauchte, wie z.B. überraschenden Klauseln, keine Abschlussvollmacht. Sofern die Eigentümer später nicht sämtlich oder durch bestandskräftigen Beschluss den Vertrag mit abweichendem Inhalt genehmigen, wofür Erklärungsbewusstsein erforderlich ist, besteht gem. § 177 Abs. 1 BGB i.V.m. § 139 BGB analog kein vertraglicher Entlastungsanspruch des Verwalters. Dies hat jedenfalls das OLG Hamm²² für sonstige Haftungsbeschränkungen zutreffend entschieden. Rechtsfolge ist, dass der Verwaltervertrag wirksam zustande gekommen ist, aber nur mit solchen Regelungen, die ordnungsmäßiger Verwaltung (noch) entsprechen.

d) In der Beschlussfassung über die Jahresabrechnung kann aufgrund der weitreichenden Rechtsfolgen eines Entlastungsbeschlusses keine Entlastungswirkung hineininterpretiert werden.²³ Ein negatives Schuldanerkenntnis i.S.v. § 397 Abs. 2 BGB bedarf eindeutiger Indizien. Wohnungseigentumsrechtlich fehlen Anhaltspunkte für eine solche Auslegung, da die Eigentümergemeinschaft auch bei unberechtigten Entnahmen des Verwalters die rechnerisch richtige Jahresabrechnung vorbehaltlos genehmigen muss; dies folgt aus dem Zu- und Abflussprinzip.²⁴ Auch nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre²⁵ kann in der Bestätigung eines Jahresabschlusses jedenfalls ohne eindeutige weitere Anhaltspunkte kein Verzicht auf unbekannte Ansprüche gesehen werden.

e) Und schließlich: Ein Anspruch auf Entlastung lässt sich auch nicht aus einem Vergleich mit den gesellschaftsrechtlichen Regeln herleiten. Weder der Vorstand einer Aktiengesellschaft²⁶, einer Genossenschaft²⁷ oder eines Vereins²⁸ noch der

²² OLG Hamm, Beschl. v. 19.10.2000 - 15 W 133/00, NJW-RR 2001, 226 = ZMR 2001, 138; zustimmend Röll/Sauren, Handbuch für den Wohnungseigentümer und Verwalter, 8. Aufl., 2002, Rz. 297; ebenso OLG Köln, Beschl. v. 20.9.2002 - 16 Wx 135/02, NJW-RR 2003, 8; OLG Köln, Beschl. v. 9.7.1990 - 16 Wx 173/89, NJW 1991, 1302 = WuM 1990, 462.

²³ Greiner, WE 2003, 78; a.A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.11.2002 - 3 Wx 13/01, ZMR 2002, 294; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.10.2000 - 3 Wx 92/00, ZMR 2001, 301; Bärman/Pick/Merle, 8. Aufl., 2000, § 28 WEG Rz. 109; Deckert, ETW, Stand: 4/02, Gruppe 4 Rz. 123; Röll/Sauren, Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter, 8. Aufl., 2002, Rz. 362; Staudinger/Bub, 12. Aufl., 1997, § 28 WEG Rz. 18.

²⁴ Zutreffend Demharter, ZMR 2002, 369 f.; Riecke, WuM 2003, 256; ders., WE 2002, 297.

²⁵ MünchKomm/Schlüter, 4. Aufl., 2003, § 397 Rz. 3 (zum Erlassvertrag als dem negativen Schuldanerkenntnis übergeordneten Rechtsinstitut); Staudinger/Rieble, Bearb. 1999, § 397 BGB Rz. 103/217.

Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung²⁹ besitzen einen originären Anspruch auf Entlastung. Die gesellschaftsrechtliche Situation lässt sich zudem nicht ohne weiteres auf die Rolle des Verwalters übertragen. Die Entlastung hat zwar in beiden Fällen die Funktion, dass die Mitglieder ihr Ge- oder Missfallen hinsichtlich der Geschäftsführung äußern können.³⁰ Der Verwalter ist aber nicht notwendiges Organ der Gemeinschaft, sondern „lediglich“ deren Beauftragter sowie Treuhänder und somit an Weisungen strikt gebunden.³¹ Er besitzt anders als Vorstand und Geschäftsführer im Außenverhältnis gerade keine unbeschränkbare gesetzliche Vertretungsmacht. Der Verwalter übt zudem keine originär gewerbliche Tätigkeit für die Eigentümer aus und ist deshalb anders als ein Vorstandsmitglied oder ein Geschäftsführer auf den Vertrauensbeweis der Anteilseigner nicht zwingend angewiesen. Außerdem existieren nur im Kapitalgesellschaftsrecht positivrechtliche Regelungen zur Beschlussfassung über die Entlastung (vgl. §§ 46 Nr. 5 GmbHG, 120 Abs. 1 S. 1 AktG, 48 Abs. 1 S. 2 GenG). Vor einer unreflektierten Übernahme kapitalgesellschaftlicher Grundsätze ist daher zu warnen.³²

Retten könnte man „den Entlastungsbeschluss“ allenfalls dann, wenn man diesem die bislang zuerkannten Rechtswirkungen nimmt, insbesondere ein negatives Schuldanerkenntnis allenfalls für solche Ansprüche bejaht, die in der Versammlung vor Beschlussfassung näher thematisiert wurden, im übrigen aber vergleichbar der aktienrechtlichen Regelung in § 120 Abs. 2 AktG weitere Rechtsfolgen verneint. Der Entlastungsbeschluss würde sich so auf die Erklärung der Gemeinschaft beschränken, dass sie die Verwaltungstätigkeit als im großen und ganzen gesetzes-

²⁶ Semler, in: MünchHdB Gesellschaftsrecht, Bd. 4: Aktienrecht, 2. Aufl., 1999, § 34 Rz. 31; a.A. wohl Hüffer, AktG, 5. Aufl., 2002, § 120 Rz. 19.

²⁷ Beuthien, Genossenschaftsgesetz, 13. Aufl., 2000, § 48 Rz. 8; Hettrich/Pöhlmann/Gräser/Röhrich, GenG, 2. Aufl., 2001, § 48 Rz. 12; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 432.

²⁸ OLG Köln, Beschl. v. 29.03.1996 – 16 W 20/96, NJW-RR 1997, 483; MünchKomm/Reuter, 4. Aufl., 2001, § 27 BGB Rz. 43; Palandt/Heinrichs, 62. Aufl., 2003, § 27 BGB Rz. 5.

²⁹ BGH, Urt. v. 20.05.1985 – II ZR 165/84, BGHZ 94, 324 = NJW 1986, 129; Goette, Die GmbH, 2. Aufl., 2002, § 7 Rdz. 13; Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 46 Rz. 41.

³⁰ Vgl. nur Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., 2001, § 16 Rz. 5.

³¹ OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.05.1988 – 20 W 206/87, NJW-RR 1988, 1169; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.06.1997 – 3 Wx 569/96, ZMR 1997, 485; Bärmann/Pick, 15. Aufl., 2001, § 20 WEG Rz. 3; Deckert, ETW, Stand: 12/01, Gruppe 4 Rz. 1070 ff. (kein Organ im eigentlichen Sinne); Palandt/Bassenge, 62. Aufl., 2003, § 27 Rz. 1; Sauren, WEG, 4. Aufl., 2002, § 27 Rz. 2; Staudinger/Bub, 12. Aufl., 1997, § 26 WEG Rz. 67 ff.; a.A. Bärmann/Pick/Merle, 8. Aufl., 2000, § 20 WEG Rz. 11; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., 1999, Rz. 414 a.E.

³² Schmidt, ZMR 2003,

vereinbarungs- sowie beschlussgemäß billige. Ob ein solcher „Leerbeschluss“ ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, ist ungeklärt, wohl aber zu bejahen. Die Gemeinschaft dokumentiert ihr grundsätzliches Vertrauen in die Tätigkeit des Verwalters in der Vergangenheit. Weitergehende Rechtsfolgen, etwa der Verwirkung u.a., dürften ihm aber entgegen *Rühlicke*³³ nicht beigemessen werden.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden: Der Entlastungsbeschluss widerspricht ordnungsmäßiger Verwaltung. Gleiches gilt für den Beschluss, einen Verwaltervertrag mit dem Inhalt abzuschließen, dass der Verwalter einen Anspruch auf Entlastung besitzt. Eine Vertragsklausel, die dem Verwalter einen Anspruch auf Entlastung zubilligt, hält einer AGB-Kontrolle nicht stand. Sie kann im Verbrauchervertrag auch individuell regelmäßig nicht wirksam vereinbart werden.

³³

Rühlicke, ZWE 2003, 54, 60-62.