

Dr. David Greiner\*

## **Das Verhältnis des Verwalters zur rechtsfähigen Gemeinschaft und zu den Wohnungseigentümern**

Das Thema dieses Beitrags wird von der nahenden WEG-Reform überlagert. Der Regierungsentwurf vom 23. März 2020 für ein „Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG)“<sup>1</sup> ordnet die Rechtsbeziehungen innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft in einer Weise neu, dass sich die derzeit bestehenden Probleme erledigen werden. Vor diesem Hintergrund wird die aktuelle Rechtslage, soweit sie voraussichtlich nicht mehr lange Bestand haben wird, im folgenden Beitrag nur knapp erörtert. Etwas mehr Raum wird der Frage nach der Grundlage der Verwalterpflichten eingeräumt. In diesem Rahmen sind Streitige Fragen des Zusammenhangs von Bestellung und Verwaltervertrag zu diskutieren, die auch nach einer Gesetzesreform aktuell bleiben werden.

### **I. Pflichten des Verwalters gegenüber der Gemeinschaft und gegenüber den Wohnungseigentümern**

#### **1. Die rechtliche Ausgangslage**

Die Frage, wem gegenüber die Rechte und Pflichten des Verwalters bestehen bzw. wer sie einfordern kann (die Gemeinschaft oder die Wohnungseigentümer?) ist seit der WEG-Reform 2007 und der damit einhergehenden Anerkennung der Rechtsfähigkeit nicht schlüssig zu beantworten. Das Ge-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie für Bau- und Architektenrecht in Tübingen. Der Beitrag basiert auf seinem Vortrag auf dem 45. Fachgespräch des eid „Rechtsverhältnisse in der rechtsfähigen Gemeinschaft und Spezialimmobilien im Wohnungseigentum“ am 24.10.2019 in Fischen, Allgäu.

1 BT-Drs. 19/18791.

setz macht nämlich unvereinbare Vorgaben, indem es dem Verwalter eine Art „Zwitterstellung“ als „Diener zweier Herren“ zuweist. Einerseits ist der Verwalter Vertragspartner und Organ der Gemeinschaft. Der Beschluss seiner Bestellung und der Beschluss des Verwaltervertrags werden im Außenverhältnis von der Gemeinschaft umgesetzt, da für die Bestellung und den Verwaltervertrag insoweit nichts anderes gilt als für alle anderen gemeinschaftlichen Verträge: Sie werden im Namen der Gemeinschaft (Verband) abgeschlossen. Damit ist die Frage, wer Ansprüche – wobei hier Primäransprüche (Erfüllungsansprüche) gemeint sind – gegen den Verwalter geltend machen kann, eigentlich klar zu beantworten: Nur der Vertragspartner, also die Gemeinschaft, nicht aber die einzelnen Wohnungseigentümer. Diese sind zwar in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen und können ggf. Sekundäransprüche (Schadensersatz) geltend machen; sie sind aber keine Vertragspartner und können deshalb keine Vertragserfüllung verlangen. Andererseits bestimmt § 27 I WEG ausdrücklich, dass der Verwalter „gegenüber den Wohnungseigentümern und gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ zur Tätigkeit berechtigt und verpflichtet ist; in den einzelnen Nummern des § 27 I WEG werden einige dieser Pflichten beschrieben (Beschlüsse der Wohnungseigentümer durchzuführen usw.). Es passt nicht zusammen, dass der Verwalter sowohl den Wohnungseigentümern als auch der Gemeinschaft gegenüber zur Leistung verpflichtet sein soll, obwohl (nur) die Gemeinschaft sein Vertragspartner und Besteller ist. Der Gesetzgeber der WEG-Reform 2007 verfügte ersichtlich über keinen zu Ende gedachten Regelungsplan zu der Frage, wie die vom BGH 2005 neu „entdeckte“ Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft in das Wohnungseigentumsrecht einzupassen sei. Der Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes fasst diesen Befund zutreffend mit den Worten zusammen: „Insgesamt ist eine konzeptionelle Unklarheit über die Rolle der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu konstatieren.“<sup>2</sup>

## 2. Die Grundsatzentscheidung des BGH vom 8.6.2018

Auch ein widersprüchliches Gesetz ist anzuwenden. So musste sich der BGH zu der hier thematisierten Frage positionieren, ob die Gemeinschaft oder die Wohnungseigentümer Ansprüche gegen den Verwalter geltend machen können. Im entschiedenen Fall ging es (mittelbar) darum, wer vom Verwalter die Durchführung eines Beschlusses über eine Instandsetzungsmaßnahme (konkret ging es um die Instandsetzung der feuchten Außenwand im Bereich einer Wohnung) verlangen konnte. Der BGH entschied: „Zwar können einzelne Wohnungseigentümer die vertraglichen Ansprüche der Gemeinschaft gegen den Verwalter nicht geltend machen, ohne zuvor einen Beschluss der Eigentümersammlung herbeizuführen. [...] Aber jedenfalls auf die Durchführung von Beschlüssen haben die einzelnen Wohnungseigentümer jeweils einen individuellen Anspruch.“<sup>3</sup> Obwohl der BGH in diesem Urteil das interne Haftungskonzept der Gemeinschaft neu aufstellte und – in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung – entschied, dass die Gemeinschaft „im Innenverhältnis nicht in die ordnungsmäßige Verwaltung des Gemeinschaftseigentums eingebunden“ sei, wurde die Frage nach der Zuständigkeit für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Verwalter nicht allgemeingültig beantwortet; die Entscheidung wirft insofern vielmehr neue Fragen auf. Wenn „vertragliche Ansprüche“ gegen den Verwalter nur von der Gemeinschaft geltend gemacht werden können, der Anspruch auf Beschlussdurchführung „aber jedenfalls“ auch vom einzelnen Wohnungseigentümer, stellt

sich nämlich die Frage, wieso der Anspruch auf Beschlussdurchführung kein vertraglicher Anspruch sein soll und allgemein, welche Ansprüche gegen den Verwalter vertraglichen Charakter haben und welche nicht. Des Weiteren stellt sich die Frage, wie andere Ansprüche gegen den Verwalter zu beurteilen sind: Der Anspruch auf Vorlage der Jahresabrechnung, auf Anforderung von Beiträgen, auf Einsicht in die Verwaltungsunterlagen, usw.: Können die Wohnungseigentümer diese Ansprüche individuell und direkt gegenüber dem Verwalter geltend machen oder bedarf es jeweils einer Beschlussfassung der Gemeinschaft? Aus dem BGH-Urteil ergibt sich, dass diese Fragen jeweils im Einzelfall zu entscheiden sein sollen. Eine solche Vorgabe ist angesichts der widersprüchlichen Gesetzeslage zwar verständlich, aber dogmatisch unbefriedigend und für die Praxis wenig hilfreich.

Das Urteil gibt auch die derzeit maßgeblichen Leitlinien zur Frage vor, wer von wem *Schadensersatz* verlangen kann, wenn der Verwalter in Ausübung seiner Verwaltertätigkeit Schäden verschuldet. Bei Schäden am Gemeinschaftsvermögen kann nur die Gemeinschaft Ersatzansprüche geltend machen; das war und ist unumstritten. Streitig war bis zur BGH-Entscheidung aber die Frage, was für Schäden gilt, die nur bei einzelnen Wohnungseigentümern eintraten. Ein hierfür typischer Fall lag dem BGH-Urteil zugrunde: Der Verwalter unterließ pflichtwidrig die Umsetzung eines Beschlusses zur Instandsetzung der feuchten Außenmauer mit der Folge, dass die Wohnung unbenutzbar war und dem betroffenen Wohnungseigentümer ein Mietausfallschaden entstand. Gegen wen konnte oder musste der Wohnungseigentümer seinen Anspruch auf Schadensersatz richten? In der Literatur wurde – nach hiesiger Auffassung zu Recht – vertreten, dass sich die Gemeinschaft das Verschulden des Verwalters (ihres Organs) analog § 31 BGB als eigenes zurechnen lassen müsse; dann wäre die Gemeinschaft auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Der BGH entschied aber, dass die Gemeinschaft ihren Mitgliedern (den Wohnungseigentümern) keine ordnungsmäßige Verwaltung schulde; folglich muss ein vom Verwalter geschädigter Eigentümer den Verwalter in Anspruch nehmen. Falls ein Eigentümer einen Schaden erleidet, den ein von der Gemeinschaft beauftragter Unternehmer verschuldet, gilt das Gleiche: Der geschädigte Eigentümer muss sich an den Unternehmer direkt halten, weil dessen Verschulden der Gemeinschaft nicht zugerechnet wird. Das Urteil wird insofern zu Recht kritisiert, weil dem Eigentümer damit das Insolvenzrisiko einer Person aufgebürdet wird, die er sich nicht selbst als Vertragspartner ausgesucht hat, sondern die aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses einen Vertrag mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer geschlossen hat.<sup>4</sup>

## 3. Die Hoffnung auf eine WEG-Reform 2020

Ein Ende des Dilemmas ist in Sicht, denn der sprichwörtliche Federstrich des Gesetzgebers kann – und wird voraussichtlich – Abhilfe schaffen. Der eingangs erwähnte Regierungsentwurf für ein Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz sieht in seinem § 18 Folgendes vor:

„(1) Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. (2) Jeder

2 ZWE 2019, 430 (444 f.).

3 BGHZ 219, 60 = ZWE 2018, 354 (Ls.). Dazu *Letzner* ZWE 2019, 205; *Schmidt-Räntsch* ZWE 2020, 1 (13).

4 Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes, ZWE 2019, 429 (443); *Häublein* ZWE 2019, 25.

Wohnungseigentümer kann von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums [...] verlangen, die dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen (ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung) [...] entsprechen.“

Nach dem überzeugenden Regelungskonzept des Reformentwurfs ist die Gemeinschaft Trägerin der gesamten Verwaltung. Sie handelt durch ihre Organe (Versammlung der Wohnungseigentümer als Willensbildungsorgan; Verwalter als Vertretungsorgan). Die vorliegend thematisierte Fragestellung wird auf dieser Grundlage klar zu beantworten sein: Ansprüche einzelner Wohnungseigentümer auf Beschlussdurchführung (oder generell auf ordnungsmäßige Verwaltung) sind gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu richten; Direktansprüche gegen den Verwalter stehen den Wohnungseigentümern nicht mehr zu. Soll der Verwalter auf Beschlussdurchführung in Anspruch genommen werden, muss die Gemeinschaft diesen Anspruch geltend machen. Ein Verwalterverschulden wird der Gemeinschaft zugerechnet; Ersatzansprüche wegen Schäden, die der Verwalter in Ausübung seines Amtes bei einzelnen Wohnungseigentümern verschuldet hat, können und müssen diese gegen die Gemeinschaft geltend machen, die dann wiederum beim Verwalter Regress nehmen kann.

## II. Grundlage der Verwalterpflichten: Vertrag oder Bestellung?

Vorstehend (I) wurde gezeigt, dass der BGH die Geltendmachung von (Primär-)Ansprüchen der Gemeinschaft zuweist, soweit es sich um „vertragliche Ansprüche“ handelt; der sich aus dem Gesetz (§ 27 I Nr. 1 WEG) ergebende Anspruch auf Beschlussdurchführung soll hingegen in die Ausübungskompetenz der einzelnen Wohnungseigentümer fallen. Im Folgenden wird unter Einbeziehung der zu erwartenden Änderungen durch die WEG-Reform 2020 untersucht, ob diese Differenzierung sachgerecht ist. Zwangsläufig berührt die Untersuchung dogmatische Grundfragen: Beruhen die Verwalterpflichten auf der Bestellung oder auf dem Verwaltervertrag? Wie verhalten sich Bestellung und Verwaltervertrag zueinander?

### 1. Die Bestellung als körperschaftlicher Akt (Trennungstheorie)

Nach der auch im sonstigen Verbandsrecht<sup>5</sup> herrschenden Trennungstheorie ist die Bestellung (vorliegend also der Vorgang, durch den eine Person zum WEG-Verwalter wird) von einem etwaigen Anstellungsvertrag (hier: Verwaltervertrag) strikt zu trennen.<sup>6</sup> Die Verwalterbestellung stelle einen körperschaftlichen Akt dar. Der „Akt“ der Bestellung (Beschlussfassung auf Seiten der Gemeinschaft) bedürfe einer Annahme durch den Bestellten. Das Ergebnis sei kein Vertragsverhältnis, sondern ein „organschaftliches Rechtsverhältnis“. Zugleich besteht – im Verbands- wie im Wohnungseigentumsrecht – Einigkeit darüber, dass Bestellung und Anstellung (Verwaltervertrag) nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern miteinander koordiniert werden müssen. Es erscheint indes auf Anhieb widersprüchlich, zugleich eine strikte Trennung und die Notwendigkeit der Koordinierung zu betonen. Diesen Widerspruch vermeidet die Einheitstheorie,<sup>7</sup> die Bestellung und Vertrag als Einheit begriff.

Eine eindeutige Meinung des für das Wohnungseigentumsrecht zuständigen V. Zivilsenats des BGH zur einen oder anderen Theorie ist kaum auszumachen. Einerseits legt der BGH die Trennungstheorie zugrunde, wenn er feststellt, dass

der Beschluss einer Verwalterabberufung von der Kündigung des Verwaltervertrags zu unterscheiden sei.<sup>8</sup> Andererseits hält der BGH eine Verwalterbestellung nur dann für ordnungsmäßig, wenn zugleich oder zumindest in derselben Eigentümerversammlung, in der die Bestellung erfolgt, auch die Eckpunkte des abzuschließenden Verwaltervertrags (Laufzeit und Vergütung) in wesentlichen Umrissen geregelt werden;<sup>9</sup> bei konsequenter Anwendung der Trennungstheorie müsste man den Beschluss der Verwalterbestellung unabhängig davon beurteilen, ob ein Verwaltervertrag beschlossen wird. Auch hält es der BGH nicht für ordnungsmäßig, wenn ein wirksam bestellter Verwalter auf Dauer ohne Verwaltervertrag bleibt oder wenn umgekehrt der wirksam geschlossene Verwaltervertrag bestehen bliebe, ohne dass der Verwalter die Organstellung als Verwalter erlangte und seinen Vertrag erfüllen könnte. Deshalb könne jeder Wohnungseigentümer verlangen, dass ein wirksam bestellter Verwalter abberufen werde, wenn es nicht gelinge, mit ihm einen Verwaltervertrag zu schließen.<sup>10</sup>

### 2. Die Bestellung als Vertrag (Einheitstheorie)

Die Trennungstheorie kann nicht überzeugen, da die Unterscheidung eines „organschaftlichen“ bzw. „körperschaftlichen“ Rechtsverhältnisses (der Bestellung) von einem „schuldrechtlichen“ Rechtsverhältnis (Anstellung/Verwaltervertrag) schon im Ansatz verfehlt ist: Ein Rechtsverhältnis ist immer „schuldrechtlich“ in dem Sinne, dass daraus wechselseitige Rechte und Pflichten folgen. Auch das „organschaftliche Rechtsverhältnis“ wird rechtsgeschäftlich begründet, denn es beruht darauf, dass beide Parteien (der „Besteller“ und der „Bestellte“) die Bestellung wollen; dieser Wille macht das Wesen des Rechtsgeschäfts aus. Abgesehen von dieser Schwäche in der dogmatischen Fundierung wirft die von der Trennungstheorie vorgegebene Zweigleisigkeit ohne Not zahllose ungeklärte (Folge-)Fragen auf.

Das Gegenmodell (Einheitstheorie) sei nachfolgend kurz skizziert. Gem. § 26 I WEG beschließen die Wohnungseigentümer über die Bestellung und Abberufung des Verwalters mit Stimmenmehrheit. Das Gesetz spricht nur den Vorgang der internen Willensbildung an. Ein Beschluss allein führt aber nicht zu einer Bestellung; niemand wird Verwalter, nur weil die Wohnungseigentümer einen entsprechenden Beschluss gefasst haben. Der Beschluss beinhaltet den Willen der Gemeinschaft, einer bestimmten Person (nennen wir ihn „Kandidaten“) das Verwalteramt anzubieten. Da zwischen der Willensbildung im Verband und der Abgabe der Willenserklärung für den Verband zu unterscheiden ist, muss dem Beschluss eine nach außen wirkende Willenserklärung der Gemeinschaft folgen; damit zusammenhängende Sonderfragen (genügt die Verkündung des Beschlussergebnisses in Gegenwart des Kandidaten? usw. sollen hier nicht vertieft werden).<sup>11</sup> Der Kandidat kann das Angebot ausdrücklich oder konkludent annehmen, indem er „Ja“ sagt oder indem er

5 BGH NJW 2011, 920.

6 BGH (III. Zivilsenat) NJW 1997, 2106; Becker in Bärman, WEG, 14. Aufl. 2018, § 26 Rn. 22; Hügel/Elzer, 2. Aufl. 2018, WEG § 26 Rn. 2; Jacoby in Staudinger (2018), § 26 WEG Rn. 29.

7 Greiner in BeckOGK WEG, § 26 Rn. 6 ff.; Jennißen in Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 27 Rn. 20; Baums, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, § 2 II (S. 9 ff.). Merle/Trautmann NJW 1973, 118 (119); Merle, Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, 1977, 17 (mit Nachweisen zur den früheren Vertretern der Einheitstheorie).

8 BGH ZWE 2002, 570.

9 BGH NJW 2015, 1378 = ZWE 2015, 215; NZM 2012, 654 = ZWE 2012, 427.

10 BGH ZWE 2020, 83, Rn. 41.

11 Ausführlich Greiner in BeckOGK WEG, § 26 Rn. 45.

faktisch die Verwaltungstätigkeit aufnimmt. Dann liegen zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor und ist ein Vertrag zustande gekommen. Dieser Vertrag hat den Inhalt, dass der Kandidat jetzt der Verwalter der bestellenden Gemeinschaft mit allen Rechten und Pflichten ist, die das Gesetz an die Verwalterstellung knüpft. In der Praxis geht das Angebot allerdings meistens vom Kandidaten aus, indem dieser sich um die Verwalterbestellung bewirbt und die Wohnungseigentümer sein Angebot per Beschluss annehmen. Das macht keinen Unterschied, denn nach den Prinzipien des Schuldrechts ist es gleichgültig, wer das Angebot und wer die Annahme erklärt; entscheidend ist, dass im Ergebnis übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen.

Die hM sieht das anders. Nach hM besteht der „Bestellungsakt“ aus den beiden Teilakten „Bestellungserklärung“ und „Annahmeerklärung“, und zwar in dieser Reihenfolge. Demnach muss ein Kandidat auch dann, wenn die Gemeinschaft ihn auf seine Bewerbung hin bestellte, erst noch seine Annahmefähigkeit erklären, also eine Annahmeerklärung abgeben. Der hM ist zuzugeben, dass es im Gesellschafts-, Vereins- und Parteienrecht üblich ist, den gewählten Kandidaten, der sich um ein Amt beworben hat, nach der Wahl zu fragen, ob er das Amt annehme. Dass diese Praxis aber sinnvoll und rechtlich geboten ist, muss bezweifelt werden. Warum sollte man denjenigen, der soeben das erhielt, worum er sich beworben hatte, erneut nach seiner Zustimmung fragen? Bei der Wahl in politische Ämter mag es Fälle geben, in denen ein Kandidat sich aus guten Gründen vorbehalten möchte, das Amt nicht anzutreten, bspw. wenn er nicht mit der von ihm erwarteten Mehrheit gewählt wurde.<sup>12</sup> Hier sehen aber auch die einschlägigen Gesetze zumeist vor, dass der Kandidat seine Wahl ausdrücklich annehmen muss. Eine Verallgemeinerung des Erfordernisses der „Annahmeerklärung“ ist weder nötig noch möglich. Zivilrechtlich (und konkret WEG-rechtlich) hat die Forderung nach einer „Annahmeerklärung“ keine Grundlage, wenn ein Kandidat auf seine Bewerbung hin bestellt wurde.

Da vorstehend dargelegt wurde, dass die Verwalterbestellung nach den allgemeingültigen Grundsätzen des Schuldrechts durch Angebot und Annahme zustande kommt und somit einen Vertrag darstellt, ist nun die Frage zu beantworten, welche Bedeutung daneben einem etwaigen besonderen „Verwaltervertrag“ zukommt. Meistens erfolgt ja keine „isolierte“ Bestellung, sondern liegt ihr von vornherein ein schriftlicher Verwaltervertrag zugrunde; manchmal wird ein schriftlicher Vertrag auch noch hinterhergeschoben. Die Antwort lautet: Durch einen „besonderen Vertrag“ wird das durch die Bestellung bereits begründete Vertragsverhältnis ausgeformt und ergänzt. Soweit es keinen besonderen Vertrag gibt, gelten (nur) die gesetzlichen Regelungen. Insoweit unterscheidet sich die Verwalterbestellung nicht von anderen Vertragstypen und handelt es sich gewissermaßen um einen „normalen“ rechtlichen Vorgang. Das sei am Beispiel eines Mietvertrags illustriert: Wenn sich zwei Personen darüber einig sind, dass die eine Person eine Sache der anderen Person gegen ein bestimmtes Entgelt nutzen darf, liegt ein Mietvertrag vor; ob zugleich oder später weitere Regelungen vereinbart werden, spielt dafür keine Rolle. Für diesen Mietvertrag gelten die §§ 535 ff. BGB. Wenn die Parteien nach erfolgter mündlicher Einigung noch einen schriftlichen Mietvertrag abschließen, ändert das nichts daran, dass der Mietvertrag schon vorher bestand; die schriftliche Fassung dokumentiert lediglich den Vertragsschluss und modifiziert die gesetzlichen Regelungen. Übertragen auf das Wohnungseigentumsrecht bedeutet das: Sobald sich die Parteien (Ge-

meinschaft und Verwalterkandidat) einig sind, dass der Kandidat Verwalter der Gemeinschaft sein soll, liegt ein Verwaltervertrag vor, für den mangels anderweitiger Vereinbarungen die gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere die §§ 26 ff. WEG) gelten. So wenig, wie man im Mietrecht zwischen einem „häuslichen Akt“ und einem Mietvertrag trennt, sollte man im Wohnungseigentumsrecht zwischen einem „Bestellungsakt“ und dem Verwaltervertrag trennen. Beides gehört als Einheit zusammen. Auf dieser Grundlage fügt sich die Verwalterbestellung in die allgemeine Rechtslehre ein; es erübrigt sich, ein gesetzlich nicht fundiertes Sonderrecht in Form von „Organisations- und körperschaftlichen Akten“ zu konstruieren.

### 3. Die Sicherung der Vergütungsansprüche bei vorzeitiger Abberufung ohne wichtigen Grund – nochmals zur Trennungstheorie

Wie kam es dazu, dass sich die Trennungstheorie im Wohnungseigentumsrecht durchsetzte? Und warum erwähnt das Wohnungseigentumsgesetz nur die Bestellung, nicht aber den Verwaltervertrag? Warum steht im Gesetz nicht (vergleichbar dem § 535 BGB im Mietrecht): „Durch den Verwaltervertrag wird der Verwalter verpflichtet, die ihm nach diesem Gesetz obliegenden Pflichten zu erfüllen. Die Gemeinschaft ist verpflichtet, dem Verwalter die vereinbarte Vergütung zu entrichten.“? Diese Fragen lassen sich rechtsgeschichtlich beantworten.

Bei der jetzigen Fassung des § 26 WEG orientierte sich der Gesetzgeber am Gesellschaftsrecht.<sup>13</sup> Das überrascht nicht, denn es liegt auf der Hand, dass die Bestellung eines WEG-Verwalters Parallelen zur Bestellung eines AG-Vorstands oder eines GmbH-Geschäftsführers aufweist. Im Gesellschaftsrecht aber wird die Verpflichtung der Geschäftsleiter gewissermaßen „traditionell“ als Bestellung bezeichnet. Als Vorlage für den Text des § 26 WEG diente die entsprechende Regelung zur Bestellung des Aufsichtsrats im Aktienrecht, der § 84 I AktG.<sup>14</sup> Mit der Anleihe im Gesellschaftsrecht handelte man sich die dort virulenten Theorien und Probleme ein, namentlich die Trennungstheorie. Diese entstand im Wesentlichen zur Bewältigung nur einer Fallkonstellation: Der Situation der vorzeitigen Abberufung eines Geschäftsleiters. Diese Situation gilt es zu beleuchten.

Beispiel: Die X-GmbH bestellt Frau Y zur Geschäftsführerin und schließt mit ihr einen Anstellungsvertrag mit fünf Jahren Laufzeit. Nach einem Jahr ist die X-GmbH der Auffassung, dass Frau Y die an sie gestellten Erwartungen nicht erfüllt und „zieht die Notbremse“: Frau Y wird mit sofortiger Wirkung abberufen.

Gem. § 38 I GmbHG ist „die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“. Demnach kann Y im Beispielfall zwar mit sofortiger Wirkung abberufen werden; sie behält aber aufgrund des für fünf Jahre abgeschlos-

12 Ein jüngerer Praxisfall aus der Politik ist die Wahl des FDP-Kandidaten Kemmerich am 5.2.2020 zum Ministerpräsidenten Thüringens. Das Wahlergebnis beruhte darauf, dass auch Gegner seiner Politik aus taktischen Gründen für ihn gestimmt hatten.

13 Der Text des § 26 WEG wurde in der Gesetzesänderung 1973 ausdrücklich an „die bewährte Vorschrift des § 84 Abs. 1 AktG“ angelehnt (Begr. des GesE, BT-Drs. 7/62, Nr. 5 a, b, zu finden auf der Internetseite des Bundestags oder abgedr. in PiG 8, 30 Jahre Wohnungseigentum – Materialien zum WEG, 1982, 254). Der Bericht und der Antrag zum Gesetzentwurf finden sich in BT-Drs. 7/714.

14 § 84 I AktG: „Die Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre. Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit, jeweils für höchstens fünf Jahre, ist zulässig.“

senen Anstellungsvertrags ihre Vergütungsansprüche (abzüglich ersparter Aufwendungen). Dieses Ergebnis ist unstrittig – und steht ja so auch unmissverständlich im Gesetz. Die Trennungstheorie liefert für dieses Ergebnis eine auf den ersten Blick rechtsdogmatisch schlüssige Erklärung, indem sie behauptet, dass der Anstellungsvertrag vom Ende der Bestellung unberührt bleibe. Diesem „Vorteil“ einer scheinbar schlüssigen Erklärung stehen die oben angesprochenen Nachteile gegenüber: Weil die Trennungstheorie zwischen Bestellung und Vertrag unterscheidet, muss sie zur dogmatischen Einordnung der Bestellung ein außerhalb des allgemeinen Schuldrechts stehendes „Sonderrecht“ (den „körperrechtlichen Akt“) kreieren. Eine schlüssige und dogmatisch saubere Begründung des – für sich genommen wie gesagt unstrittigen – Ergebnisses (Fortbestand der Vergütungsansprüche) ergibt sich demgegenüber, wenn man das allgemeine Schuldrecht anwendet, anstatt es zu verdrängen. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass der Verlust des Geschäftsführeramtes dem (Ex-)Geschäftsführer die Leistungserfüllung subjektiv unmöglich macht. Der historische Gesetzgeber im 19. Jahrhundert (das GmbH-Gesetz stammt von 1892) dachte keineswegs in den Kategorien der Trennungstheorie, als er dem abberufenen Geschäftsleiter in § 38 GmbHG „Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“ zubilligte. Man hielt diese Ansprüche vielmehr für „Sekundäransprüche“ zum Schutz des Bestellten.<sup>15</sup> Nach dem heute geltenden Schuldrecht erfolgt der Schutz eines Vertragspartners, dem die Leistungserfüllung schuldlos unmöglich wird, nicht über „Sekundäransprüche“. Vielmehr erlischt im Falle der Unmöglichkeit der Leistung die Leistungspflicht bei fortbestehendem Anspruch auf die Gegenleistung (Vergütung). Der obige Beispielfall ist deshalb wie folgt zu lösen: Soweit der Geschäftsführerin Y infolge der Abberufung die ihr obliegende Vertragserfüllung unmöglich gemacht wird, erlischt gem. § 275 I BGB ihre Leistungspflicht, sie behält gem. § 326 II 1 BGB aber ihren Anspruch auf die Gegenleistung (Vergütung).

Das gilt im Grundsatz auch im Wohnungseigentumsrecht. Insbesondere kann man entgegen dem Mantra der Vertreter der Trennungstheorie kaum behaupten, dass ein Verwaltervertrag unverändert weiter bestünde, nachdem der Verwalter abberufen wurde. Ein Ex-Verwalter kann nach der Abberufung keine einzige seiner Vertragspflichten mehr erfüllen. Völlig zutreffend stellt der BGH fest (siehe oben Ziff. II.1), dass ein Verwalter seinen Vertrag ohne Organstellung nicht erfüllen kann. Es kann nicht darum gehen, den unveränderten Fortbestand des Vertrags zu fingieren; zu beurteilen sind die Folgen, die die durch die Abberufung eingetretene Unmöglichkeit der Vertragserfüllung für den Vergütungsanspruch hat. Die Lösung des Problems findet sich, wie gesagt, in den allgemeinen Vorschriften der §§ 275, 326 BGB.

#### 4. Die Wirkung der Bestandskraft eines Abberufungsbeschlusses

Es stellt sich die Frage, ob ein Verwalter an die Bestandskraft eines Abberufungsbeschlusses gebunden ist.

Beispiel: Verwalter V wurde für fünf Jahre bestellt, wobei eine vorzeitige Abberufung nur aus wichtigem Grund möglich sein soll. Nach einem Jahr wird er vorzeitig aus wichtigem Grund abberufen. Die Gemeinschaft ist – anders als V – der Überzeugung, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung vorliegt. V macht von seinem Recht zur Anfechtung keinen Gebrauch, sondern lässt den Abberufungsbeschluss bestandskräftig werden. Anschließend verlangt er von der

Gemeinschaft Vergütung für vier Jahre (abzüglich ersparter Aufwendungen); dies mit der Begründung, sein Verwaltervertrag sei nicht wirksam gekündigt worden, da kein wichtiger Grund vorgelegen habe.

Würde V – gesetzt den Fall, es lag tatsächlich kein wichtiger Grund vor – mit dieser Argumentation durchdringen, müsste die Gemeinschaft ihn zu ihrer Überraschung für vier Jahre Nichtstun bezahlen. Dabei erscheint das Vorgehen des Verwalters wenig schutzwürdig, da er es in der Hand gehabt hätte, durch Anfechtung des Abberufungsbeschlusses die Frage klären zu lassen, ob ein wichtiger Grund vorlag. Man kann nämlich davon ausgehen, dass die Gemeinschaft dann, wenn ihr gerichtlich bescheinigt worden wäre, dass die Abberufung unwirksam war, V lieber „zähneknirschend“ weiter beschäftigt hätte, als ihn für die Dauer der restlichen Vertragslaufzeit ohne Gegenleistung zu bezahlen. Mithin kann man davon ausgehen, dass der Verwaltervertrag grundsätzlich mit der Verwalterstellung verknüpft wird; meistens wird dies ausdrücklich vorgesehen („Der Verwaltervertrag endet in jedem Fall mit dem Ende der Bestellung“), und wo dies nicht der Fall ist, interpretieren Literatur und Rechtsprechung zutreffend eine an das Ende der Bestellung geknüpfte auflösende Bedingung in den Vertrag hinein.<sup>16</sup>

Nach hier vertretener Auffassung ergibt sich schon aus der wohnungseigentumsrechtlichen Kompetenzverteilung eine Bindung des (Ex-)Verwalters an die Bestandskraft des Abberufungsbeschlusses. Hätte der Verwalter seine Abberufung erfolgreich angefochten, stünde mit der Bestandskraft des Urteils, durch das der Abberufungsbeschluss für ungültig erklärt wurde, nicht nur im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, sondern auch im Verhältnis der Wohnungseigentümer bzw. der Gemeinschaft zum Verwalter fest, dass die Verwalterstellung nicht beendet wurde. Kann die Wirkung der Bestandskraft eine andere sein, wenn das Ergebnis gegenteilig ausfällt und der Beschluss gerichtlich gehalten bzw. wenn er gar nicht angefochten wird? Kann sich ein Ex-Verwalter auf den Standpunkt stellen, für ihn als nunmehr Außenstehenden habe die gemeinschaftliche Beschlusslage keine Bedeutung (mehr)? Das kann aus Prinzip nicht sein. Weil und soweit der Wohnungseigentumsverwalter die Möglichkeit hat, den Beschluss über seine Abberufung gerichtlich überprüfen zu lassen, muss er das Ergebnis – sei es das Ergebnis der Anfechtung, seien es die Folgen der Nichtanfechtung – gegen sich gelten lassen. Im Beispielfall kann V deshalb keine Vergütung mehr verlangen, weil aufgrund der Rechtskraft des Abberufungsbeschlusses feststeht, dass er aus wichtigem Grund abberufen wurde. Das hat übrigens nichts damit zu tun, ob man der Trennungstheorie folgt oder nicht. Als Vertreter der Trennungstheorie würde man das Ergebnis mit dem Hinweis darauf begründen, dass der Verwaltervertrag wirksam außerordentlich gekündigt wurde; nach hier vertretener Auffassung würde man dem Verwalter die Bestimmung des § 326 I 1 BGB entgegenhalten.

#### 5. Die vertragliche Natur der Verwalterpflichten

Kommen wir nach alledem zurück auf die Eingangsfrage nach dem Ursprung der Verwalterpflichten: sind sie vertraglicher

<sup>15</sup> Ausf. Baums, Der Geschäftsleitungsvertrag, 1987, § 2 II (S. 9 ff.).

<sup>16</sup> So für den Fall der Anfechtung des Bestellungsbeschlusses: BGH NJW 1997, 2106 Rn. 19; KG ZWE 2005, 251 (Ls.) = BeckRS 2004, 09674; OLG Zweibrücken, ZMR 2004, 63 Rn. 8 = BeckRS 2002, 30298531; Jennißen in Jennißen/Schmidt WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 852; so auch noch Merle in Bärmann, WEG, 12. Aufl. 2013, Rn. 71; aA Becker in Bärmann § 26 Rn. 57; Ausführlich Greiner in BeckOGK WEG, § 26 Rn. 307.

oder gesetzlicher Natur? Nach dem oben Ausgeführten beruht die Verwalterbestellung auf einem Vertrag. Für diesen Vertrag gelten – wie für alle Verträge – die für den betreffenden Vertragstyp einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und ergänzend die besonderen Regelungen in einem etwaigen besonderen Verwaltervertrag. Auch die durch den Vertrag in Geltung gesetzten gesetzlichen Vorschriften haben vertraglichen Charakter. Dies sei wiederum am Beispiel eines Mietvertrags illustriert: Der Anspruch eines Vermieters auf Zahlung von Miete ist zwar in § 535 II BGB ausdrücklich geregelt, aber trotzdem ein vertraglicher Anspruch, weil er den vorherigen Abschluss eines Mietvertrags voraussetzt. Dementsprechend sind auch die im Gesetz geregelten Verwalterpflichten vertraglicher Natur, weil sie die Bestellung voraussetzen, die ihrerseits einen Vertrag zwischen der Gemeinschaft und dem jeweiligen Verwalter darstellt. Eine Differenzierung zwischen Verwalterpflichten, die auf Gesetz und solchen, die auf dem Verwaltervertrag beruhen, ist nicht möglich, jedenfalls nicht sinnvoll.

### III. Ausblick: Die geplante WEG-Reform 2020

#### 1. Überblick

Wird der Regierungsentwurf Gesetz, wird die Regelung der Verwalterbestellung in § 26 I WEG in Kürze wie folgt lauten:

Über die Bestellung und Abberufung des Verwalters beschließen die Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit. Die Bestellung darf auf höchstens fünf Jahre vorgenommen werden, im Falle der ersten Bestellung nach der Begründung von Wohnungseigentum aber auf höchstens drei Jahre. Andere Beschränkungen der Bestellung oder Abberufung des Verwalters sind nicht zulässig.

Damit wird die „Geschäftsleiterbestellung“ im Wohnungseigentumsrecht an das übrige Verbandsrecht angepasst. Die Bestellung wird jederzeit widerruflich sein, da der geltende § 26 I 3 WEG, wonach die Abberufung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden kann, aufgehoben wird. Ein berechtigtes Interesse daran, die Abberufung des Verwalters als Organ der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu beschränken, ist nicht ersichtlich, wie die Begründung des Entwurfs zutreffend feststellt.

Der Verwaltervertrag findet im Regierungsentwurf (wie auch schon im geltenden Recht) keine Erwähnung. Es wird nicht einmal in einem Halbsatz (wie etwa in § 38 I Halbs. 2 GmbHG) erwähnt, dass eine Abberufung „unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“ erfolge. Aber auch ohne Erwähnung soll genau diese Rechtsfolge gelten, wie in der Entwurfsbegründung zu lesen ist: „Von der Abberufung als Organ unabhängig ist freilich der Vergütungsanspruch des Verwalters; er richtet sich nach den diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarungen.“<sup>17</sup> Dem ist zuzustimmen, und richtig ist auch, dass dieser Umstand keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedarf. Eine Aussage für oder gegen die Trennungstheorie ist damit nicht verbunden.

#### 2. Die Abschaffung des Anfechtungsrechts des Verwalters und die Konsequenzen

Der Verwalter wird einen Abberufungsbeschluss nicht mehr anfechten können, weil nach § 44 I WEModG-E die Anfechtungsbefugnis den Wohnungseigentümern vorbehalten sein wird. Das hat folgende Konsequenzen: Zum einen wird sich unter der neuen Rechtslage nicht mehr vertreten lassen, dass Verwalterverträge, sofern nicht ausdrücklich so vorgesehen,

unter der auflösenden Bedingung der Abberufung stehen; denn diese Auslegung ist nur solange gerechtfertigt, als der Verwalter nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann. Zum anderen hat der Eintritt der Bestandskraft des Abberufungsbeschlusses keine Präjudizwirkung für die Frage der Vergütung (mehr), weil der Beschluss der Abberufung unabhängig von einem wichtigen Grund wirksam ist und weil der Verwalter ihn nicht anfechten kann. Der obige Beispielsfall (Ziff. II 4) sei jetzt auf der Grundlage der Rechtslage nach dem Regierungsentwurf durchgespielt:

Beispiel: Verwalter V wurde für fünf Jahre bestellt. Der Verwaltervertrag kann nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Nach einem Jahr wird V abberufen. Die Gemeinschaft ist – anders als V – der Überzeugung, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung vorliege. V verlangt er von der Gemeinschaft Vergütung für 4 Jahre (abzüglich ersparter Aufwendungen); dies mit der Begründung, sein Verwaltervertrag sei nicht wirksam gekündigt worden, da kein wichtiger Grund vorgelegen habe.

Im Zahlungsprozess muss geklärt werden, ob ein wichtiger Grund für die Abberufung vorlag. Ist das der Fall, bleibt die Zahlungsklage des V erfolglos, denn er hat seine Vergütungsansprüche gem. §§ 326 I 1, 275 I BGB verloren. Lag kein wichtiger Grund vor, blieben ihm die Vergütungsansprüche gem. § 326 II 1 BGB erhalten und wird die Zahlungsklage Erfolg haben. Spielt es eine Rolle, dass die Gemeinschaft nur die Abberufung beschloss, ohne (ausdrücklich) zu erklären, dass zugleich der Verwaltervertrag gekündigt werde? Nein, denn beides gehört untrennbar zusammen; was insoweit auch die Vertreter der Trennungstheorie nicht anders sehen.

Betrachtet man, wie es vorliegend für richtig gehalten wird, Bestellung und Verwaltervertrag als Einheit, ist noch die Frage zu beantworten, ob diese Einheit („Bestellungsverhältnis“) durch die Abberufung beendet wurde oder nicht. Im 19. Jahrhundert wäre man ganz einfach zu dem Ergebnis gekommen, dass das Bestellungsverhältnis endete, weil an seine Stelle „Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“ traten. Nach aktueller Schuldrechtsdogmatik bleibt ein Vertrag aber trotz subjektiver Unmöglichkeit der Leistungserfüllung bestehen. Also bleibt – wenn man es ganz genau nimmt – im Beispielsfall das Bestellungsverhältnis bestehen, dessen Erfüllung dem Verwalter jedoch unmöglich geworden ist. Allerdings bleibt davon nichts außer dem Vergütungsanspruch des Verwalters übrig.

### IV. Zusammenfassung/Thesen:

1. Die Bestellung eines Verwalters stellt einen Vertrag zwischen der bestellenden Gemeinschaft und dem Verwalter dar. Wird kein besonderer Vertrag abgeschlossen, gelten für den Verwalter (nur) die gesetzlichen Regelungen. Wird (gleichzeitig mit der Bestellung oder später) noch ein besonderer Verwaltervertrag abgeschlossen, formt dieser das Vertragsverhältnis aus. Die hM, wonach durch einen „Bestellungsakt“ ein „organschaftliches Rechtsverhältnis“ begründet wird, das vom „schuldrechtlichen“ Anstellungsverwaltervertrag strikt zu trennen sei (Trennungstheorie), ist abzulehnen.

2. Die Verwalterpflichten ergeben sich aus dem Gesetz und einem etwaigen Verwaltervertrag. Auch die im Gesetz geregelten Verwalterpflichten sind vertraglicher Natur, weil sie die Bestellung voraussetzen, die ihrerseits einen Vertrag zwi-

17 Regierungsentwurf, BT-Drs. 19/18791, 74.

schen der Gemeinschaft und dem jeweiligen Verwalter darstellt. Eine Differenzierung zwischen Verwalterpflichten, die auf dem Gesetz und solchen, die auf dem Verwaltervertrag beruhen, ist nicht sinnvoll.

3. Seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft ist diese „Besteller“ und Vertragspartner des Verwalters. Deshalb müssten (Primär-)Ansprüche auf Erfüllung der Verwalterpflichten eigentlich ausschließlich der Gemeinschaft zustehen. Andererseits bestimmt § 27 I WEG, dass der Verwalter auch gegenüber den Wohnungseigentümern zur Tätigkeit berechtigt und verpflichtet ist. Die Rechtslage ist insofern widersprüchlich.

4. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 8.6.2018 (V ZR 125/17)<sup>18</sup> können nur die Wohnungseigentümer den Anspruch auf Beschlussdurchführung (§ 27 I Nr. 1 WEG) geltend machen, nicht aber die Gemeinschaft. Was für an-

dere Ansprüche gegen den Verwalter gilt, soll jeweils im Einzelfall zu entscheiden sein.

5. Im Regierungsentwurf vom 24.3.2020 für ein WEG-Reformgesetz werden die Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinschaft, den Wohnungseigentümern und dem Verwalter neu geordnet und unter Annäherung an das sonstige Gesellschaftsrecht auf eine schlüssige dogmatische Grundlage gestellt. (Primär-)Ansprüche gegen den Verwalter kann nach dem Entwurf nur noch die Gemeinschaft geltend machen. Nach dem Entwurf kann die Gemeinschaft den Verwalter jederzeit abberufen, auch wenn kein wichtiger Grund vorliegt. Zur Frage, ob der Verwalter seine Vergütungsansprüche im Falle der Abberufung verliert oder behält, trifft der Entwurf keine Aussage. Die Frage ist nach den allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts zu beurteilen. ■

<sup>18</sup> BGHZ 219, 60 = ZWE 2018, 354 (Ls.).