

■ Der Notverwalter

■ Oliver Elzer
Richter am Amtsgericht

I. Einführung.....	1
1. Begriff des Notverwalters.....	1
2. Ermächtigungsgrundlagen.....	2
3. Verwandte Rechtsinstitute.....	2
a. Notvorstand nach BGB.....	3
b. Notvorstand nach AktG.....	3
c. Notgeschäftsführer: § 29 BGB analog.....	4
II. § 26 Abs. 3 WEG.....	5
1. Wohnungseigentumsverwalter fehlt.....	5
a. Rechtliche Gründe.....	5
b. Tatsächliche Gründe.....	7
aa. Verweigerung.....	7
bb. Andere Gründe.....	8
c. Gerichtsbeschluss.....	8
2. Dringende Fälle.....	9
a. Nicht unerheblicher Nachteil oder Schaden.....	9
b. Abwendung nicht auf andere Weise.....	10
3. Bis zur Behebung des Mangels.....	11
4. Auf Antrag.....	12
a. Wohnungseigentümer.....	12
b. Dritter.....	12
aa. Begriff.....	13
bb. Berechtigtes Interesse.....	13
III. §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 WEG.....	14
1. Allgemeines.....	14
2. Voraussetzungen.....	14
IV. § 44 Abs. 3 WEG.....	15
V. Gerichtsverfahren.....	15
1. Gericht.....	15
2. Inhalt des Beschlusses.....	15
a. §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG.....	15
aa. Allgemeines.....	15
bb. Antrag.....	17
cc. Person des Notverwalters.....	17
(1) Auswahlermessen.....	17
(2) Kein Zwang zur Bestellung.....	19
(3) Bewerbung.....	19
(4) Abberufung nur aus wichtigem Grund.....	20

dd. Einzelheiten des Rechtsverhältnisses?	20
(1) Wortlaut	21
(2) Systematik	22
(3) Sinn und Zweck	24
(4) Vergleichbare Regelungen	27
(5) Folgerungen	28
ee. Verfahrensstellung	30
(1) Ausgangslage	30
(2) Gerichtliche Anordnung	30
ff. Vergütung	31
gg. Durchführung Versammlung	31
hh. Zwangsmaßnahmen	31
ii. Amtszeit	32
b. §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG	33
aa. Mitwirkung	33
bb. Unmittelbare Bestellung	33
cc. Bindung an Antrag	34
c. Wechsel der Verfahrensart	35
d. Wirksamkeit	35
3. Maßnahmen nach § 44 Abs. 3 WEG	36
a. Es gibt keinen Verwalter	37
b. Die Bestellung ist nicht ordnungsgemäß	37
c. Wirksamkeit	38
4. Abänderung	38
5. Beteiligte	38
6. Rechtsschutzbedürfnis	38
7. Geschäftswert	39
VI. Folgen	41
1. Allgemeines	41
2. Bindung an Beschlüsse der Gemeinschaft	42
3. Vergütung	42
a. Anspruchsgrundlage	44
aa. H. M.	45
bb. §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB	46
cc. Andere Lösungen	47
dd. Vor Rechtskraft	49
b. Höhe	49
aa. Das Gericht hat eine Bestimmung getroffen	49
bb. Das Gericht hat keine Bestimmung getroffen	49
(1) H. M.	49
(2) Eigene Ansicht	50

c. Im Falle einer GoA.....	51
d. Ende des Vergütungsanspruchs.....	51
4. Laufende Verfahren.....	52
a. Verfahrensvollmacht.....	52
b. Verfahrensstandschaft.....	53
5. Ende.....	54
a. Abberufung durch Gericht.....	54
b. Neuwahl.....	54
aa. Die Gemeinschaft bestellt neuen Verwalter.....	54
bb. Die Gemeinschaft bestellt keinen Verwalter.....	54
c. Zeitablauf.....	56
6. Aufhebung einer eA nach § 44 Abs. 3 WEG.....	56

I. Einführung

- 1 Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt neben den Wohnungseigentümern nach Maßgabe der §§ 26 bis 28 WEG dem Wohnungseigentumsverwalter. Das Wohnungseigentumsgesetz geht damit davon aus, dass jede Eigentümergemeinschaft einer Person das Amt des Verwalters durch Beschluss oder Vereinbarung überträgt¹. Die Bestellung eines Verwalters kann nach § 20 Abs. 2 WEG auch nicht ausgeschlossen werden, nicht einmal in der Gemeinschaftsordnung. Der Wohnungseigentumsverwalter ist deshalb neben der Eigentümerversammlung und dem Verwaltungsbeirat unabdingbares **Organ** einer jeden **Wohnungseigentümergeinschaft**.
Wohnungseigentumsverwalter: Organ der Wohnungseigentümer

- 2 Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG bestimmen die Wohnungseigentümer, wen sie zum Verwalter bestellen. Ist eine solche autonome Gestaltung durch die Gemeinschaft ausnahmsweise nicht möglich, kann nach § 26 Abs. 3 WEG auch das Wohnungseigentumsgericht einer Person die Verwaltung antragen. Weil der gerichtlich bestellte Verwalter die Notlage überwinden soll, die dadurch entsteht, dass kein Verwalter vorhanden ist, wird er zumeist Notverwalter genannt. Ob diese Begriffswahl glücklich ist, kann dahingestellt bleiben². Der Begriff hat sich jedenfalls durchgesetzt. Außerdem bringt er richtig zum Ausdruck, dass der Eingriff des Gerichts in die Autonomie der Gemeinschaft eine Ausnahme bleiben und auf Krisenfälle beschränkt sein muss³.
§ 26 Abs. 1 Satz 1 WEG

1. Begriff des Notverwalters

¹ Die Gemeinschaft kann dabei das Amt des Verwalters nur anbieten. Die Bestellung erfolgt erst, wenn der Verwalter das Angebot annimmt, BGH, NJW 2002, 3240 = ZMR 2002, 766.

² Die Begriffswahl könnte den *falschen Eindruck* erwecken, der gerichtlich bestellte Verwalter sei eine bloß vorübergehende Lösung und besitze nur diejenigen Rechte und Pflichten, die seine Bestellung notwendig gemacht haben. Siehe dazu später unter VI. 1.

³ So auch *Gottschalg*, WE 1998, 242.

Begriff

Ein Notverwalter ist eine natürliche oder juristische Person, die das Angebot des Wohnungseigentumsgerichts, ihn durch Gerichtsbeschluss vorübergehend oder dauerhaft zum Organ einer bestimmten Wohnungseigentümergeinschaft zu bestimmen, angenommen hat.

3

2. Ermächtigungsgrundlagen

Anspruchsgrundlagen: §§ 21 Abs. 4, 26 Abs. 3 WEG

Ermächtigungsgrundlagen, die auf eine Bestellung des Notverwalters durch Gerichtsbeschluss hinführen, finden sich h. M. nach sowohl in § 26 Abs. 3 WEG als auch in § 21 Abs. 4 WEG.

4

§ 44 Abs. 3 WEG

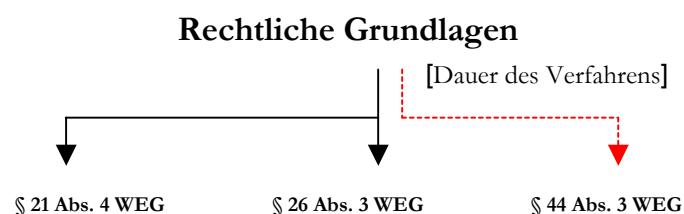
Keine Ermächtigungsgrundlage ist hingegen § 44 Abs. 3 WEG. Nach dieser Bestimmung kann durch das Gericht zwar eine vorläufige Regelung zur Verwaltung einer Gemeinschaft während der Dauer eines Hauptsacheverfahrens getroffen werden. Ein Hauptsacheverfahren mit dem Ziel der Bestellung eines Notverwalters nach § 44 Abs. 3 WEG wäre aber unzulässig⁴.

5

Allerdings sollte die Möglichkeit des Gerichts, während der Dauer eines Verfahrens besondere Anordnungen nach § 44 Abs. 3 WEG für die Gemeinschaft zu treffen nicht unterschätzt werden. § 44 Abs. 3 WEG verschafft dem Gericht Gelegenheit, bei notleidenden Gemeinschaften auch gestaltend einzugreifen. Die Gerichte sollten ermuntert werden, von diesem Ermessen auch Gebrauch zu machen.

Überblick

6



3. Verwandte Rechtsinstitute

Verwandte Rechtsinstitute

7

⁴ Ein dahingehender Antrag könnte aber als Anregung verstanden werden.

Dass einer Organisation ein Organ fehlt, ist ein allgemeines Problem. Solche Rechtsfragen und Lösungsansätze finden sich daher im Zusammenhang mit dem Fehlen eines Organs in jedem mit Fremdorganen (nicht bei Personengesellschaften) ausgestatteten privaten Verband. Auch bei diesen muss der Gesetzgeber dem Bedürfnis nach Vertretung des Verbandes nach innen und außen angemessen Rechnung tragen.

- 8 Die gesetzgeberische Entscheidung, in § 26 Abs. 3 WEG die Bestimmung eines Notverwalters durch Gerichtsbeschluss zu ermöglichen, hat ihr Vorbild in § 29 BGB⁵. Ferner ist die Befugnis des Gerichts, die Handlungsfähigkeit eines Verbandes durch die Bestellung von Organmitgliedern wiederherzustellen, im Recht der Aktiengesellschaft ausdrücklich geregelt worden, § 85 AktG. *Vorbild in § 29 BGB*

a. Notvorstand nach BGB

- 9 Zentrale Norm zur Bestellung eines Notorgans für einen privaten juristischen Verband ist § 29 BGB. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht einen Notvorstand für den Verein bestellen. Voraussetzung ist, dass die erforderlichen Mitglieder des Vereinsvorstands fehlen und ein dringender Fall sowie der Antrag eines Beteiligten vorliegen. Die Bestellung ist außerdem nur für die Zeit bis zur Behebung des Mangels möglich. *§ 29 BGB*

b. Notvorstand nach AktG

- 10 Wenn einer Aktiengesellschaft ein erforderliches Vorstandsmitglied fehlt, hat das Gericht hingegen nach § 85 AktG in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteiligten das Mitglied zu bestellen. Durch die Bestellung tritt der Notvorstand in organisationsrechtliche Beziehungen zur Aktiengesellschaft. **Ein schuldrechtlicher Anstellungsvertrag wird nicht begründet.** Das Amt des gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieds erlischt, sobald der Mangel behoben ist. Das gerichtlich bestellte Vor- *§ 85 AktG: ein Anstellungsvertrag wird nicht begründet*

⁵ Bub, in: Staudinger, 12. Bearbeitung 1997, § 26 WEG Rdnr. 7. Eine entsprechende Anwendung der für § 29 BGB gefundenen Lösungen ist daher sachgerecht, BayOBLG WE 1990, 27; NJW-RR 1992, 787.

standsmitglied hat Anspruch auf Ersatz angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für seine Tätigkeit. Einigen sich das gerichtlich bestellte Vorstandsmitglied und die Gesellschaft nicht, setzt das Gericht diese fest.

c. Notgeschäftsführer: § 29 BGB analog

Notgeschäftsführer: § 29 BGB analog

Im Recht der anderen juristischen Personen des Privatrechts fehlt eine §§ 29 BGB, 85 AktG vergleichbare Regelung. Da aber auch bei diesen das sie vertretene Organ fehlen kann, hat sich die Rechtsprechung für die Bestellung eines **Notorgans** an die Bestimmungen des BGB angelehnt. Dies gilt etwa für die GmbH, die Genossenschaft oder die KGaA.

11

Insbesondere: Der Notgeschäftsführer

In dringenden Fällen kann daher analog § 29 BGB etwa für die GmbH vom Amtsgericht (*Registergericht*) am Sitz der Gesellschaft, §§ 1 bis 34, 154 FGG, anstelle des für die Bestellung zuständigen Gesellschaftsorgans⁶, regelmäßig also der Gesellschafterversammlung nach § 45 Nr. 5 GmbHG, ein Notgeschäftsführer⁷ bestellt werden⁸. Antragsberechtigt sind außer den Gesellschaftern auch Dritte⁹, die ein Recht gegen die GmbH verfolgen. Voraussetzung ist, dass ein Geschäftsführer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen heraus fehlt. Die Höhe der Vergütung kann das Registergericht nicht festsetzen¹⁰. § 29 BGB enthält nämlich **keine Ermächtigung** für das Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

12

⁶ BayObLG, NJW 1981, 995.

⁷ Hierzu Helmschrott, ZIP 2001, 636 ff.

⁸ RGZ 116, 116, 118; 138, 98, 101; BGHZ 6, 232 = NJW 1952, 1009; Rittner, in: Rowedder, GmbHG, 2. Aufl. 1996, § 6 GmbHG Rdnr. 24. Vorher ist aus Gründen der **Subsidiarität** allerdings zu prüfen, ob die Bestellung eines Verfahrenspflegers ausreichend ist, vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 1057.

⁹ OLG Hamm, GmbHR 1996, 210.

¹⁰ BGH, WM 1976, 1226; OLG Hamm, GmbHR 1996, 210; BayObLG, GmbHR 1988, 436, 438 = DB 1988, 1946; BB 1975, 1037 = Rpfler 1975, 354, 355. Siehe dazu auch § 68 Abs. 3 RegE 1971 für ein GmbHG (BT-Drucksache VI 3088, 19, 122): Dieser sah eine Übernahme des § 85 AktG vor. Anders in der mitbestimmten GmbH nach § 31 Abs. 1 MitbestG.

vertragliche Vereinbarungen für die GmbH zu treffen¹¹.

II. § 26 Abs. 3 WEG

- 13 Wichtigste Regelung zur Bestellung eines Notverwalters im WEG ist § 26 Abs. 3 WEG. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht unter **vier Voraussetzungen** einen Notverwalter bestellen: *Allgemeines*

- Es muss ein Wohnungseigentumsverwalter fehlen.
- Die Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters muss dringend sein.
- Die Bestellung darf nur bis zur Behebung des Mangels erfolgen.
- Die Bestellung bedarf des Antrages eines Wohnungseigentümers oder eines Dritten, der ein berechtigtes Interesse an der Bestellung eines Verwalters hat.

1. Wohnungseigentumsverwalter fehlt

- 14 Das Gericht kann einen Notverwalter bestellen, wenn ein Wohnungseigentumsverwalter „fehlt“. Ein Verwalter kann aus rechtlichen und aus tatsächlichen Gründen fehlen. Beide Gründe sind regelmäßig eng auszulegen. Eine bloße Unsicherheit oder eine treuwidrige oder unzweckmäßige Ausübung des Verwalteramtes genügt nicht. *Wohnungseigentumsverwalter „fehlt“*

a. Rechtliche Gründe

- 15 Ein Wohnungseigentumsverwalter fehlt aus rechtlichen Gründen, wenn *Keine vorherige Bestellung oder Zeitablauf*
- ein Verwalter nicht bestellt wurde¹²,
 - die Amtszeit des ordentlich Bestellten abgelaufen ist, § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG,

¹¹ BayObLG, NJW-RR 1988, 1500, 1501.

¹² Dieser Fall wird in BR-Drucksache 75/51 genannt.

- der alte Verwalter seine Bestellung **aufgibt**¹³,
- der alte Verwalter wegen Todes¹⁴, Abberufung oder einer auflösenden Bedingung seine Eigenschaft als Verwalter rechtlich verloren hat oder
- wenn der alte Verwalter geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig (geworden) ist.

angefochtene Wahl

Zweifelt ein Eigentümer an, dass eine Verwalterwahl ordnungsgemäß ist, und beantragt er, dass das Wohnungseigentumsgericht die Wahl in einem Beschlussanfechtungsverfahren überprüft, fehlt der Verwalter nicht. Dies gilt auch dann, wenn ein Antrag auf Abberufung des Wohnungseigentumsverwalters nach § 21 Abs. 4 WEG gestellt worden. Sobald eine Verwalterwahl stattgefunden hat, hindert sie die gerichtliche Einsetzung eines Notverwalters. Denn der jeweilige Bestellungsbeschluss ist ungeachtet der Anfechtung zunächst stets weiterhin wirksam¹⁵. Die Gemeinschaft hat ihre Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung zunächst formal erfüllt. Ob die Verwalterwahl auch inhaltlich ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, ist ggf. in einem Beschlussanfechtungsverfahren zu prüfen.

16

einstweilige Anordnung

Der Antragsteller kann in einem derartigen Fall allerdings anregen, den entsprechenden Beschluss der Gemeinschaft im Wege einstweiliger Anordnung vorläufig außer Kraft zu setzen und jedenfalls für die Dauer des Verfahrens einen Verwalter nach § 44 Abs. 3 WEG zu bestellen¹⁶.

17

¹³ Eine **Kündigung des Verwaltervertrages** wäre nicht ausreichend, wie hier Merle, in: Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 206

¹⁴ Auch des „juristischen“ Todes, also bei dem Verlust der Rechtsfähigkeit des Wohnungseigentumsverwalters.

¹⁵ Ungenau Gottschalg, WE 1998, 242, 243.

¹⁶ Bub, in: Staudinger, 12. Bearbeitung 1997, § 26 WEG Rdnr. 492. Siehe dazu ausführlich unten **Randnummer** 107.

b. Tatsächliche Gründe

- 18 Ein Verwalter fehlt richtiger Ansicht nach auch dann, wenn er zwar bestellt wurde, der bestellte Verwalter im Einzelfall seine **Aufgaben aber aus tatsächlichen Gründen dauerhaft nicht wahrnimmt oder wahrnehmen kann**. Sowohl nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die eine verwalterlose Zeit beenden will, als auch nach dem Wortlaut des Gesetzes müssen die Fälle des rechtlichen und tatsächlichen „Fehlens“ gleich behandelt werden¹⁷. *Keine Wahrnehmung der Aufgaben*
- 19 Das von **Bub**¹⁸ angeführte Argument, eine Übernahme dieser im Übrigen auch für § 29 BGB befürworteten Gleichstellung von rechtlichem und tatsächlichem Fehlen verbiete das unabdingbare Gebot der Einheitlichkeit der Verwaltung, überzeugt nicht. Durch die Bestellung kommt es nicht zu zwei Verwaltern: Da der eine „fehlt“, ist rechtlich nur einer in der Lage, die Gemeinschaft zu vertreten¹⁹. Ist die tatsächliche Verhinderung nur vorübergehend, bedarf es keines Notverwalters oder seine Amtszeit ist auf diese (kurze) Zeit zu begrenzen²⁰. *Anderer Ansicht Bub*

aa. Verweigerung

- 20 Nimmt der ordnungsgemäß bestellte Wohnungseigentumsverwalter seine Aufgaben **dauerhaft**²¹ und **vorsätzlich im großen Umfang** nicht wahr, **verweigert** er also die Ausübung seines Amtes, fehlt ein Verwalter aus tatsächlichen Gründen²². Dieser Fall kommt z. B. in Betracht, wenn eine Gemeinschaft von einem Eigentümer majorisiert wird und dieser ein Interesse daran hat, dass der von ihm bestimmte Verwalter nicht tätig wird. *Verweigerung*

¹⁷ So auch im Ergebnis Gottschalg, WE 1998, 242, 243.

¹⁸ In: Staudinger, 12. Bearbeitung 1997, § 26 WEG Rdnr. 490.

¹⁹ Einen ähnlichen Konflikt kann es bei der Pflugschaft für einen unbekannteten Beteiligten nach § 1913 BGB geben.

²⁰ Siehe **Randnummer** 34.

²¹ Eine Verweigerung im Einzelfall kann grundsätzlich nicht genügen, so auch Helmschrott, ZIP 2001, 636.

²² BayObLG, Wohnungseigentumsverwalter 1990, 27; Henze, DWE 1987, 66.

Teilweise Wahrnehmung

Kommt ein Verwalter seinen Aufgaben allerdings nur teilweise nicht nach oder bleibt er nur in einer bestimmten Angelegenheit untätig²³, fehlt er nicht im Sinne des Gesetzes²⁴. In diesen Fällen sind neben seiner Abwahl aber Zwangsmaßnahmen nach §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG möglich.

bb. Andere Gründe

nicht nur vorübergehend

Ein Verwalter kann auch dann fehlen, wenn er zwar bestellt ist, seine Aufgaben aber wegen einer Erkrankung oder länger andauernder Abwesenheit nicht wahrnehmen kann. Dies kann aber nicht schrankenlos gelten²⁵. Um die Gerichte aus Gründen der Prozessökonomie nicht zu überlasten und den Eingriff in die Privatautonomie der Gemeinschaft einzuschränken, muss die verwalterlose Zeit von einiger Erheblichkeit, also **nicht nur vorübergehend** sein²⁶.

Beispiele

Ein Wohnungseigentumsverwalter kann seine Aufgaben z. B. dann nicht dauerhaft wahrnehmen, wenn er schwer und nicht nur vorübergehend erkrankt und **dadurch**²⁷ daran gehindert ist, eine ordnungsmäßige Verwaltung sicherzustellen.

c. Gerichtsbeschluss

Abberufung durch das Gericht

Ein Wohnungseigentumsverwalter fehlt schließlich, wenn der von der Gemeinschaft bestellte vom Gericht auf Antrag eines Eigentümers rechtskräftig abberufen wird²⁸.

²³ Der Wohnungseigentumsverwalter ruft z. B. zu keiner Eigentümerversammlung ein. Siehe für das GmbH-Recht OLG Frankfurt, GmbHR 1986, 432.

²⁴ Gottschalg, WE 1998, 242, 243.

²⁵ Ansonsten wäre z. B. auch dann von einem „Fehlen“ auszugehen, wenn der Wohnungseigentumsverwalter nur im Urlaub wäre.

²⁶ Ob die Verhinderung **im Übrigen** keinen Schaden verursacht, ist beim Merkmal „dringendes Bedürfnis“ abzu prüfen.

²⁷ Eine Erkrankung, die keine Auswirkungen auf die Verwaltung hat, kommt daher nicht in Betracht.

²⁸ BayObLG, WE 1989, 221.

- 25 In diesem Fall muss das Wohnungseigentumsgericht vor Eintritt der Rechtskraft über Maßnahmen nach § 44 Abs. 3 WEG bis zum Abschluss des Verfahrens nachdenken und ggf. für die Zeit bis zum Eintritt der Rechtskraft einen Notverwalter bestellen²⁹. § 44 III WEG

2. Dringende Fälle

- 26 Ein Notverwalter kann durch Gerichtsbeschluss nur dann bestellt werden, wenn ein „dringender Fall“ vorliegt. Vom Gericht ist dazu zwischen dem in dem Bestellungsbeschluss liegenden Eingriff in die Autonomie der Gemeinschaft und den ohne Eingriff drohenden Beeinträchtigungen der Betroffenen abzuwägen. Dringlichkeit kann danach unter folgenden Voraussetzungen angenommen werden: *Dringende Fälle*
- Der Gemeinschaft, einem einzelnen Eigentümer oder einem Dritten droht durch das Fehlen eines Wohnungseigentumsverwalters ein **nicht unerheblicher Nachteil oder Schaden**³⁰, der **nicht auf andere Weise** abgewendet werden kann.
 - Die Gemeinschaft ist nicht in der Lage, oder im Falle eines Drittbetroffenen nicht willens, selbst Abhilfe zu schaffen.

a. Nicht unerheblicher Nachteil oder Schaden

- 27 Die Anforderungen, wann ein nicht unerheblicher Nachteil droht, dürfen im Interesse der Gemeinschaft nicht zu hoch angesetzt werden. Ein nicht unerheblicher Nachteil oder Schaden droht daher bereits dann, wenn eine Streitfrage wie der Außenanstrich der Fenster und Türen oder die Zuweisung der Nutzungsrechts im Kellerbereich dringend geklärt werden muss. Ein Schaden kann auch drohen, wenn es um die Wartung der Heizungsanlage oder die Überprüfung von Abflussrohren geht. Ein Nachteil für die Gemeinschaft droht vor *Nicht unerheblicher Nachteil oder Schaden*

²⁹ Siehe dazu noch unten **Randnummer** 102 ff.

³⁰ BayObLG, DWE 1984, 59.

allem, wenn Gelder für Strom, Wasser, Versicherungen, etc. ausstehen und die Gemeinschaft diese Gelder zur Bewirtschaftung benötigt.

Schaden ist eingetreten

Ist der Nachteil oder der Schaden bereits eingetreten, ist zu fragen, ob eine Bestellung dingend ist, um den Schaden oder Nachteil wieder abzuwenden oder ihn ggf. klein zu halten. 28

b. Abwendung nicht auf andere Weise

Abwendung nicht auf andere Weise

Eine Bestellung ist immer dann unnötig – und ein Rechtsschutzbedürfnis für die gerichtliche Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters fehlt³¹ – wenn eine Wohnungseigentümergeinschaft in einer angemessenen Frist durch eigene Maßnahmen den drohenden Nachteil abwenden kann. 29

Rechtsschutzbedürfnis?

Weigert sich ein Wohnungseigentumsverwalter etwa pflichtwidrig, eine Versammlung einzuberufen, kann die Versammlung in den Grenzen des § 24 Abs. 3 WEG durch ein Mitglied des Verwaltungsbeirats, dessen Vorsitzenden bzw. sein Stellvertreter einberufen werden³². Gibt es keinen Verwaltungsbeirat oder will dieser nicht tätig werden, kann sich ein anderer Wohnungseigentümer zur Einberufung einer Eigentümerversammlung gerichtlich ermächtigen lassen³³. 30

Ausnahme: Zerstrittene Gemeinschaft

Im Einzelfall kann es freilich für die Bejahung eines Rechtsschutzbedürfnisses genügen, dass sich eine zerstrittene Gemeinschaft nicht auf einen Wohnungseigentumsverwalter einigen kann. Einer solcher Fall kann vorliegen, wenn ein Eigentümer die Gemeinschaft majorisiert und sich **jeder Wahl** eines Wohnungseigentumsverwalters entgegenstellt. Setzt der majorisierende Eigentümer hingegen einen Wohnungseigentumsver- 31

³¹ Siehe dazu **Randnummer** 111 ff.

³² OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 614.

³³ KG, NJW 1987, 386; Merle, in: Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 24 WEG Rdnr. 24.

walter nach seinem Willen ein, fehlt der Verwalter nicht³⁴.

3. Bis zur Behebung des Mangels

- 32 Nach dem Gesetz soll die Bestellung eines Notverwalters nur „bis zur Behebung des Mangels“ möglich sein. Da als „Mangel“ im Sinne des Gesetzes das **Fehlen eine Wohnungseigentumsverwalters** angesehen werden muss, obwohl eine Verwaltung durch ihn dringend geboten wäre³⁵, kommt diesem Tatbestandsmerkmal neben dem „Fehlen“ meines Erachtens **keine eigene Bedeutung** zu. Ist also der Mangel behoben, und hat die Gemeinschaft einen Wohnungseigentumsverwalter gewählt, ist eine Bestellung durch das Gericht nicht mehr möglich³⁶. *bis zur Behebung des Mangels?*
- 33 Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man diesem Tatbestandsmerkmal den Befehl entnehme, den gerichtlichen Bestellungsbeschluss – etwa bis zur Lösung des dringenden Falls – generell zu befristen, bis dem Gemeinschaft selber in der Lage ist, den Mangel zu beheben. *gerichtlichen Bestellungsbeschluss befristen?*
- 34 Eine Befristung ist zwar möglich und manchmal sogar geboten³⁷. Eine Befristung ist aber weder grundsätzlich notwendig noch im Regelfall angemessen. *Eine Befristung ist weder notwendig noch angemessen*
- 35 Eine Befristung ist ausnahmsweise und dann geboten, wenn der Notverwalter bestellt werden musste, obwohl der eigentliche Wohnungseigentumsverwalter bloß **vorübergehend** erkrankt oder aus anderen Gründen nur **zeitweise** verhindert war³⁸. In diesem Falle muss der gerichtliche Bestellungsbeschluss auf die vorübergehen-

³⁴ In diesem Falle besteht möglicherweise ein Bedürfnis nach einem ordnungsgemäßen Verwalter, hingegen keines nach einem Notverwalter. Ein benachteiligter Eigentümer muss daher ggf. die Wahl anfechten und Maßnahmen nach § 44 Abs. 3 WEG anregen.

³⁵ OLG Hamm, OLGZ 1967, 109, 111.

³⁶ KG, OLGZ 1990, 432, 434 = MDR 1990, 1018.

³⁷ Siehe dazu unten **Randnummer** 91 ff.

³⁸ Freilich wird es aus praktischen Gründen häufig schwierig sein zu ermitteln, dass eine Verhinderung nur vorübergehend ist.

de Verhinderung des eigentlichen Verwalters Rücksicht nehmen und die Bestellzeit auf das notwendige Maß abstrakt begrenzen³⁹.

Da die Gemeinschaft jederzeit⁴⁰ in der Lage ist, mehrheitlich den gerichtlichen bestellten Notverwalter durch einen Dritten zu ersetzen, bedarf es regelmäßig keiner Befristung. Eine „standardmäßige Befristung“ wäre den Interessen der Gemeinschaft sogar entgegengesetzt. Denn die Befristung würde in einer zerstrittenen Gemeinschaft ohne Not eine wiederum verwalterlose Zeit heraufbeschwören und die Stellung des Notverwalters beschädigen. Eine Befristung würde außerdem die Stellung des Notverwalters unnötig schwächen. Die Gemeinschaft kann den gerichtlichen bestellten Notverwalter wie jeden anderen Wohnungseigentumsverwalter auch jederzeit abwählen. Sie kann zu diesem Zweck den Notverwalter anweisen (§ 24 Abs. 2 WEG), eine Versammlung einzuberufen, der Beirat kann eine Versammlung einberufen oder eine Ansetzung ist notfalls gerichtlich zu erzwingen. 36

4. Auf Antrag

auf Antrag

Ein Notverwalter kann nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eines Eigentümers bzw. eines berechtigten Dritten bestellt werden. 37

a. Wohnungseigentümer

Wohnungseigentümer

Den Antrag auf Bestellung eines Notverwalters kann jeder Wohnungseigentümer stellen. Eines besonderen Quorums oder einer Ermächtigung durch die Gemeinschaft bedarf es nicht. 38

b. Dritter

³⁹ So auch Merle, in: Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, S. 81 f.

⁴⁰ Etwas anderes mag dann gelten, wenn der Notverwalter wegen Majorisierung auf Antrag der Minderheit vom Gericht nach § 21 Abs. 4 WEG bestellt wurde. Siehe dazu **Randnummer** 43 ff. und **Randnummer** 93 ff.

- 39 Der Antrag auf Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters nach § 26 Abs. 3 WEG kann aber auch von einem Dritten gestellt werden, der an der Führung der Verwaltung durch einen Wohnungseigentumsverwalter ein „berechtigtes Interesse“ hat. *Berechtigte Dritte*

aa. Begriff

- 40 Als **Dritter** kommt jeder in Betracht, der nicht Wohnungseigentümer ist. Dritter kann damit der bisherige Wohnungseigentumsverwalter, ein Lieferant, ein Werkunternehmer, ein Nießbraucher, ein Pächter oder Mieter oder auch eine öffentliche Körperschaft sein⁴¹. *Begriff*

bb. Berechtigtes Interesse

- 41 Im Gegensatz zu den Eigentümern muss der Dritte ein „berechtigtes Interesse“ an der Bestellung eines Notverwalters haben. Ein solches Interesse ist anzuerkennen, wenn dem Dritten ohne Bestellung ein Nachteil droht. *berechtigtes Interesse*

- 42 Ein Nachteil kann angenommen werden, wenn der Dritte die Gemeinschaft verklagen will oder ihm seine Rechtsverfolgung ansonsten gerade durch das Fehlen eines Wohnungseigentumsverwalters unzumutbar erschwert werden würde. Denn die Wohnungseigentümergeinschaft besitzt nach der noch überwiegend vertretenen Auffassung⁴² keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist weder beteiligtenfähig (*parteilähig*) noch verfahrensfähig (*prozessfähig*). Die Wohnungseigentümergeinschaft als solche kann also nicht verklagt werden. Müsste der Dritte daher jeden einzelnen Eigentümer verklagen, könnte ihm bei großen Gemeinschaften ein schwerer Nachteil drohen. *Beispiele*

⁴¹ Z. B. eine Gemeinde, die einen Verwaltungsakt zustellen will.

⁴² BGH, NJW 1998, 3279; BayObLG, NJW 2002, 1506 = ZMR 2002, 136, 137 m. Anm. Ott, ZMR 2002, 97 ff. = WE 2002, 102; LG Berlin, ZMR 2002, 159; siehe aber Raiser, ZWE 2001, 173 ff.; Bub, ZWE 2002, 103 ff.; Schwörer, NZM 2002, 421 ff.; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330 ff.; Pauly, WuM 2002, 531 ff.

III. §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 WEG⁴³

1. Allgemeines

*Verwirklichung des Anspruchs auf
ordnungsmäßige Verwaltung*

Die Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters gehört zu den Angelegenheiten einer ordnungsmäßigen Verwaltung. Fehlt ein Wohnungseigentumsverwalter ist die Verwaltung nicht ordnungsgemäß. Das Wohnungseigentumsgericht soll daher nach herrschender⁴⁴, aber abzulehnender Meinung⁴⁵ einen Verwalter auf Antrag eines Wohnungseigentümers nicht nur unter den Voraussetzungen von § 26 Abs. 3 WEG gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG bestellen können, sondern auch gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG zur Verwirklichung des Anspruchs eines Wohnungseigentümers auf eine ordnungsmäßige Verwaltung, der sich aus § 21 Abs. 4 WEG ergibt⁴⁶. 43

2. Voraussetzungen

Bestellungsvoraussetzungen ähnlich

Die Bestellungsvoraussetzungen nach § 26 Abs. 3 WEG und 21 Abs. 4 WEG sind ähnlich, aber nicht identisch. 44

Fehlen eines Wohnungseigentumsverwalters

Zwar setzt auch § 21 Abs. 4 WEG voraus, dass ein Wohnungseigentumsverwalter fehlt. Und eine Bestellung ist auch nach § 21 Abs. 4 WEG nicht (mehr) möglich, wenn die Gemeinschaft einen Wohnungseigentumsverwalter bestellt hat, der Mangel also behoben wurde. 45

*Keine Dringlichkeit/ kein Antrag
eines Dritten*

Anders als bei einer Bestellung nach § 26 Abs. 3 WEG bedarf es für eine Bestellung nach § 21 Abs. 4 WEG aber **keiner Dringlichkeit**⁴⁷. Der Antrag kann außerdem von **keinem Dritten**⁴⁸ gestellt werden. 46

⁴³ Siehe auch **Randnummer** 93 ff.

⁴⁴ A. A. Merle, in: Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 240.

⁴⁵ Siehe **Randnummer** 93 ff.

⁴⁶ KG, WuM 2003, 412; BayObLG, NJW-RR 1989, 461 = WE 1989, 221; KG, WuM 1990, 467; WE 1988, 168 = WuM 1988, 322, OLG Düsseldorf, WE 1996, 70.

⁴⁷ Siehe dazu oben **Randnummer** 26.

⁴⁸ Zum Begriff oben **Randnummer** 41.

IV. § 44 Abs. 3 WEG

- 47 § 44 Abs. 3 WEG ist **keine Ermächtigungsgrundlage**, um die Bestellung eines Notverwalters durch das Gericht zu erzwingen. Kennzeichnend für die Bestellung eines Verwalters im Wege einer einstweilige Anordnung i. S. von § 44 Abs. 3 WEG ist, dass das Gericht die Bestellung im Wege nicht überprüfbares Ermessens nur und ausschließlich **während der Anhängigkeit eines Hauptsacheverfahrens** – also nur **vorübergehend** – anordnen kann, wenn es eine Bestellung für angemessen erachtet. *keine Anspruchsnorm; nur vorübergehend*
- 48 Demgegenüber wird der Notverwalter gemäß §§ 26 Abs. 3, 21 Abs. 4 WEG nicht im Rahmen und für die Dauer eines anhängigen Hauptsacheverfahrens bestellt, vielmehr ist die Bestellung selbst ein Hauptsacheverfahren. *Unterschiede*

V. Gerichtsverfahren

1. Gericht

- 49 Zuständiges Gericht zur Bestellung eines Notverwalters ist das Amtsgericht (*Wohnungseigentumsgericht*), in dessen Bezirk das Grundstück liegt, § 43 Abs. 1 WEG. Das Gericht entscheidet im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der Zuständigkeit des Richters. *Wohnungseigentumsgericht*

2. Inhalt des Beschlusses

- 50 Für den Inhalt eines Gerichtsbeschlusses und die näheren Verfahrensbestimmungen ist zwischen einer Bestellung nach §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG und einer solchen nach §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG zu unterscheiden⁴⁹. *Inhalt eines Gerichtsbeschlusses*

a. §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG

aa. Allgemeines

- 51 Das Gericht hat nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG auf Antrag eines Wohnungseigentümers oder eines Dritten in dringenden Fällen über die Bestellung eines Notverwal- *Allgemeines*

⁴⁹ Ungenau daher Gottschalg, WE 1998, 242.

ters durch Beschluss zu bestimmen. Das Gesetz geht damit davon aus, dass das Gericht jedenfalls eine geeignete Person zum Notverwalter bestimmen und die Gründe seiner Auswahl darlegen muss⁵⁰ (*Mussinhalt*). Diese im Gesetz angelegte Zurückhaltung gerichtlicher Gestaltungsmacht ist sachgerecht und entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Das Gericht soll nur so weit in die Privatautonomie der Gemeinschaft eingreifen dürfen, als für einen Eingriff Anlass besteht. Anders als im Zivilprozess, in dem das Gericht über § 308 ZPO an die Anträge der Parteien im Umfang seiner Entscheidung gebunden ist, besitzt das Wohnungseigentumsgericht bei einer Bestellung allerdings gewisse Freiheiten und kann nach § 44 Abs. 4 Satz 1 WEG weitere Anordnungen treffen, die es zur Durchführung seiner Entscheidung für erforderlich hält (*Kanninhalt*). Solche „unterstützenden Anordnungen“ werden von den Parteien nicht beantragt: sie werden allenfalls angeregt und sind vom Wohnungseigentumsgericht nur zu treffen, wenn die Vollstreckung der eigentlichen Entscheidung zu deren Durchsetzung voraussichtlich nicht ausreicht.

Ermessen ist begrenzt

Welche Anordnungen im Zusammenhang mit der Bestellung eines Notverwalters angemessen sind – das „*Wie*“ einer Bestellung – bestimmt das Gericht nach freiem, aber begrenztem Ermessen. Das Ermessen ist vor allem durch den Anlass der Bestellung begrenzt. 52

satzungsmäßige Anforderungen

Aus Art und Dringlichkeit des Einzelfalls ergibt sich etwa, für welche *Dauer* der Notverwalter zu bestellen ist. Das Wohnungseigentumsgericht ist ferner gehalten, die Bestellung an die satzungsmäßigen Anforderungen der Gemeinschaft anzupassen⁵¹. Es darf nicht grundlos in die Autonomie der Gemeinschaft eingreifen. Stellt die Teilungserklärung beispielsweise konkrete Anforderungen an die Person des Wohnungseigentumsverwalters, ist etwa vorgesehen, nur juristische Personen zu bestellen, ist das Gericht daran gebunden⁵². 53

⁵⁰ § 44 Abs. 4 Satz 2 WEG.

⁵¹ So auch für das GmbH-Recht BayObLG, GmbHR 1981, 243.

⁵² Ein gleichwohl abweichende Regelung ist aber wirksam, wenn sie unanfechtbar geworden ist. Zum Problem siehe auch BayObLG, NJW 1981, 995, 996.

- 54 Eine Ausnahme⁵³ kann allein für die Entgeltlichkeit der Verwaltertätigkeit angenommen werden – besonders in kleinen Gemeinschaften. Der Bestellung eines Notverwalters durch das Gericht kann nicht entgegenstehen, dass in der Teilungserklärung bestimmt ist, der Verwalter erhalte für seine Tätigkeit keine Vergütung⁵⁴. Denn die Bestimmung eines Notverwalters wäre in diesem Falle unmöglich. *Ausnahme: Vergütung*

bb. Antrag⁵⁵

- 55 Das Verfahren auf gerichtliche Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters ist kein Amtsverfahren, sondern ein **Antragsverfahren**. Wie die Erteilung eines Erbscheins und die meisten Registersachen bedarf es daher für eine Verfahrenseinleitung eines Antrags. *Antragsverfahren*
- 56 Den Antrag auf Bestellung eines Notverwalters kann von einem Wohnungseigentümer oder von einem Dritten, der an der Führung der Verwaltung durch einen Wohnungseigentumsverwalter ein „berechtigtes Interesse“ hat, gestellt werden. *berechtigtes Interesse*

cc. Person des Notverwalters

- 57 Notwendig ist, dass das Gericht im Bestellungsbeschluss nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG **die Person des Notverwalters** bestimmt und dabei die Gründe seiner Bestellung darlegt. *Bestimmung Person des Notverwalters*

(1) Auswahlermessen

- 58 Das Wohnungseigentumsgericht wird in §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG ermächtigt, anstelle der Gemeinschaft einen Verwalter zu bestellen. Wenn die Voraussetzungen nach §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG vorliegen, muss das Gericht tätig werden und eine Bestimmung über die Person des Notverwalters treffen. *Auswahlermessen*

⁵³ Das ist freilich keine echte Ausnahme von den Anforderungen, sondern eine Ausformung der Verwaltung.

⁵⁴ OLG Hamm, NJW-RR 1993, 845.

⁵⁵ Siehe dazu ausführlich oben **Randnummer** 37 ff.

Denn für das *Ob* einer Bestellung besteht anders als für das *Wie* kein Ermessen. Das Gericht ist bei einer Bestellung nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG anders als im Zivilprozess (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht an einen Antrag zur Person des Notverwalters gebunden. Werden von den Beteiligten⁵⁶ Vorschläge zur Person des Notverwalters gemacht – was nicht notwendig ist, muss sich das Gericht daher mit diesen auseinandersetzen, bleibt in seiner Entscheidung aber frei⁵⁷: Denn § 43 Abs. 2 WEG räumt dem Gericht für jede Regelung, die sich nicht aus dem Gesetz, einer Vereinbarung oder einem Beschluss der Wohnungseigentümer ergibt, ein Auswahlermessen⁵⁸.

Kriterien/mehrere Vergleichsangebote

Um keinen Ermessensfehler zu begehen, ist das Wohnungseigentumsgericht von Amts wegen gehalten, zur Person des Notverwalters **mehrere Vergleichsangebote** einzuholen. Es sollte dabei darauf bedacht sein, vor allem eine Person auszuwählen, die „Frieden verbreitet“ und für die Zukunft Störungen vermeidet. Im Interesse der Gemeinschaft wird das Gericht den fachlich besten Wohnungseigentumsverwalter auswählen. Diese Auswahlentscheidung setzt einen Vergleich der von den Verwalterfirmen angebotenen Leistungen voraus. Die vorliegenden Angebote sind daraufhin zu überprüfen, welches auf Grund des Leistungsumfangs sowie Eignung und Zuverlässigkeit des Verwalters am geeignetsten ist. Dieser Prüfungsaufwand entspricht demjenigen, den auch eine Wohnungseigentümergeinschaft bei der Auswahl eines Verwalters betreiben müsste⁵⁹.

59

Überprüfbarkeit

Die Ermessensentscheidung des Gerichts, welchem Verwalter es das Amt anträgt, ist nur eingeschränkt und daraufhin überprüfbar, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Ermessens vorlagen und das Gericht hier-

60

⁵⁶ Etwa im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung.

⁵⁷ Ungenau daher *Gottschalg*, WE 1998, 242, 243.

⁵⁸ So auch OLG Düsseldorf, MDR 2000, 1126 m. Anm. *Dübbers*; BayObLG, DWE 1984, 59, 60; *Bub*, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 26 WEG Rdnr. 501.

⁵⁹ Siehe dazu *Elzer*, ZMR 2001, 418 ff.

von fehlerfrei Gebrauch gemacht hat⁶⁰. Ist also ein Notverwalter ermessensfehlerfrei bestellt worden, kann diese Entscheidung des Gerichts erster Instanz nicht vom Rechtsmittelgericht deshalb aufgehoben werden, weil dem Rechtsmittelführer die Wahl missfällt.

(2) Kein Zwang zur Bestellung

- 61 Es liegt zwar auf der Hand, dass niemand gezwungen werden kann, gegen seinen Willen zum Verwalter bestellt zu werden. Das Gericht muss sich daher vor Bestellung mit dem von ihm vorgesehenen Notverwalter ins Benehmen setzen und dessen Willen erkunden, ob er das Amt übernehmen will⁶¹. Der Verwalter wird sein Entscheidung, das Angebot des Gerichts anzunehmen, neben der Schwierigkeit der zu erwartenden Aufgaben und seinen eigenen Möglichkeiten vor allem von der Frage abhängig machen, ob er angemessen vergütet wird. Wie noch zu zeigen ist, kann das Gericht die von der Gemeinschaft billigerweise zu entrichtende Vergütung in Ermangelung einer gesetzlichen Ermächtigung zwar nicht bereits im Bestellungsbeschluss bestimmen⁶². Der Notverwalter kann aber binnen weniger Wochen die Situation in der Gemeinschaft klären und notfalls auf gerichtliche Klärung drängen.

Kein Zwang zur Bestellung

(3) Bewerbung

- 62 Nach der Natur der Sache und dem Eilbedürfnis wird das Gericht bei der ihm gebotenen sorgfältigen Auswahl im Regelfall auf bekannte Wohnungseigentumsverwalter zurückgreifen. Aus Sicht einer an Notverwaltungen interessierten Verwaltung ist es daher sehr sinnvoll, sich auch ohne Bezug auf einen konkreten Fall bei den Wohnungseigentumsgerichten als Notverwalter zu bewerben. Damit ist sichergestellt, dass im Falle eines konkreten Bedarfs das Gericht schnell auf einem ihm bekannten und zur Notverwaltung auch bereiten Verwalter zugreifen kann.

Bewerbung als Notverwalter

⁶⁰ Wenzel, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 45 WEG Rdnr. 39.

⁶¹ Siehe für das Gesellschaftsrecht etwa BayObLGZ 1975, 260, 262; BayObLG, GmbHR 1981, 243.

⁶² Siehe dazu **Randnummer** 61 ff.

(4) Abberufung nur aus wichtigem Grund

Abberufung nur aus wichtigem Grund

Das Gericht kann die **Abberufung** des Notverwalters auf das Vorliegen eines **wichtigen Grundes beschränken**⁶³. Diese Beschränkung sollte vor allem dann erwogen werden, wenn die Eigentümergemeinschaft stark zerstritten ist. Durch die Beschränkung kann wenigstens teilweise verhindert werden, dass der Notverwalter ohne weiteres von der Mehrheit der Gemeinschaft abgewählt wird⁶⁴, ohne dass die Gemeinschaft zugleich einen anderen zum Verwalter bestimmt.

62a

dd. Einzelheiten des Rechtsverhältnisses?

Anstellung und Bestellung

Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft hat nach der sich auch im Wohnungseigentumsrecht durchgesetzten Trennungstheorie⁶⁵ eine Doppelstellung: Durch die Bestellung wird der Verwalter gleichsam zum „Organ“ und gesetzlichem Vertreter der Gemeinschaft. Seine Anstellung betrifft hingegen das der Geschäftsführung zu Grunde liegende privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen ihm und der Gemeinschaft, den Geschäftsbesorgungsvertrag.

63

Aus der sorgfältigen Trennung zwischen Be- und Anstellung ergibt sich ohne weiteres, dass die Begründung der organschaftlichen Stellung des Verwalters als ein „organisationsrechtlicher Akt“ vom Abschluss des Verwaltervertrages unabhängig ist. Diese Unabhängigkeit hat zur Konsequenz, dass Dienstvertragsbeziehung und Organstellung einem selbstständigen Schicksal folgen und dass das Anstellungsverhältnis demgemäß auch nicht zwingend mit der Bestellung endet oder beginnt.

⁶³ So auch KG, WuM 2003, 412, 413.

⁶⁴ Zum Problem siehe noch **Randnummer** 151 ff.

⁶⁵ Der für das Wohnungseigentumsrecht zuständige 5. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat die Trennungstheorie zwei aktuellen Entscheidungen (ZMR 2002, 766 und ZMR 2002, 930) zu Grunde gelegt. In Anlehnung hieran nennt *Armbrüster*, ZfIR 2003, 9, die Trennungstheorie bereits als „ganz herrschend“. Noch vorsichtiger *Hänblein*, ZMR 2003, 233, 235 und *Niedenführ*, in: *Niedenführ/Schulze*, 6. Aufl. 2002, § 26 WEG Rdnr. 6.

Zuletzt hat neben *Strienske*⁶⁶ insbesondere *Bogen* diesen Zusammenhang deutlich herausgearbeitet⁶⁷. Daneben hat *Wenzel* den Gedanken für die Befugnis des Verwalters zur Anfechtung des Abberufungsbeschlusses fruchtbar gemacht⁶⁸.

- 64 Das Gesetz regelt in § 26 Abs. 3 WEG **unstreitig** die Begründung der organschaftlichen Stellung des Verwalters mit ausschließlich gemeinschaftsinterner Wirkung und Bindung unter den Wohnungseigentümern. Das Wohnungseigentumsgericht wird in § 26 Abs. 3 WEG ermächtigt, den Verwalter anstelle der Gemeinschaft zu bestellen.

Inhalt von § 26 Abs. 3 WEG

- 65 **Nicht sicher** ist hingegen, ob das Wohnungseigentumsgericht daneben auch materiell-rechtliche und prozessuale Befugnisse – Verfahrensvollmacht/Prozessstandschaft – des Vertragsverhältnisses zwischen Gemeinschaft und Wohnungseigentumsverwalter, also typische Elemente seiner Anstellung, bestimmen kann.

Anstellungsvertrag?

Unter Zugrundelegung der Trennungstheorie muss das Gericht den Notverwalter aus systematischen Gründen nicht anstellen, um den Auftrag des § 26 Abs. 3 WEG zu erfüllen. Bei dieser Feststellung kann aber nicht stehen geblieben werden. Die eigentliche Frage lautet nämlich, ob das Gericht Inhalte des Geschäftsbesorgungsvertrages oder diesen selbst zwischen Gemeinschaft und Wohnungseigentumsverwalter vermitteln *darf*. Diese Frage wird im Wohnungseigentumsrecht bislang nicht gestellt. Es wird stattdessen unterstellt, dass es dem Gericht ohne weiteres möglich ist, den Notverwalter im Namen der Gemeinschaft einen Vertrag anzubieten⁶⁹. Diese **Unterstellung** gilt es zu überprüfen

(1) Wortlaut

- 66

Wortlaut des § 26 Abs. 3 WEG

⁶⁶ ZWE 2001, 8 ff. = PiG 60, 217 ff.

⁶⁷ ZWE 2002, 289, 292 f.

⁶⁸ ZWE 2001, 510 ff.

⁶⁹ Siehe etwa die Erwägungen von *Merle*, in: Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 243.

Nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 3 WEG kann das Gericht einen Notverwalter *bestellen*. Dass das Gericht befugt sein könnte, dem Notverwalter zugleich ein Vertragsangebot zu unterbreiten, ihn also im Namen der Gemeinschaft „anzustellen“, ist in dem vom Gesetzgeber gewählten Wortlaut nicht zu erkennen. Wie ein Blick auf § 27 Abs. 2 Satz 1 BGB bzw. § 713 BGB, aber auch auf §§ 24, 27 und 28 WEG und § 85 AktG zeigt, ist diese Wortwahl und die Unterscheidung zwischen Be- und Anstellung auch nicht zufällig⁷⁰. Alle diese Vorschriften zeigen vielmehr, dass sich das Gesetz der Trennung zwischen Bestellung und Anstellung bewusst ist und die Befugnisse des Gerichts danach bestimmt, was Anlass seiner Anrufung ist⁷¹. Führt man sich diesen Befund vor Augen, spricht bereits der Wortlaut der §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG dafür, dass das Wohnungseigentumsgericht den Notverwalter nicht anstellen kann.

Merles Ansatz

Merle⁷², der dieses Problem gesehen hat, will die Befugnis des Gerichts, Einzelheiten des Anstellungsvertrages zu bestimmen, daher dem durch das „kann“ dem Gericht eingeräumten Ermessen entnehmen. Diese Sichtweise ist jedoch ein **Zirkelschluss**⁷³: Ob das Gesetz die Befugnis, Einzelheiten des Anstellungsvertrages zu regeln, in das Ermessen des Gerichts stellt, ist die Frage und nicht die Antwort.

67

(2) Systematik

Gesetzesystematik

Nach h. M. tritt die Bestellung eines Verwalters durch Gerichtsbeschluss nach § 26 Abs. 3 WEG *vollen Umfangs* an die Stelle eines Mehrheitsbeschlusses der Wohnungseigentümer gemäß § 26 Abs. 1 WEG. Weil aber im Bestellungsbeschluss der Wohnungseigentümer

68

⁷⁰ In diesem Sinne auch *Bogen*, ZWE 2002, 289, 290: bewusst gewählte Terminologie.

⁷¹ *Striowski*, ZWE 2001, 8 ff. = PiG 60, 217 ff.; *Bogen*, ZWE 2002, 289, 290 ff.; *Wenzel*, ZWE 2001, 510, 512 f.

⁷² Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, S. 80.

⁷³ Bei einem Zirkelschluss (auch Kreisschluss oder *circulus vitiosus*) wird das zu Beweisende schon in den Prämissen vorausgesetzt.

zugleich das schlüssige Angebot an den Wohnungseigentumsverwalter zum Abschluss eines Anstellungsvertrages zu sehen sein soll⁷⁴, wird deshalb noch auf dem Boden der Vertragstheorie und im Anschluss an Entscheidungen des *OLG Hamm*⁷⁵ allgemein angenommen, dass auch der Gerichtsbeschluss, mit dem der Notverwalter bestellt wird, ein Angebot zum Abschluss des Verwaltervertrages enthält.

69 Hinterfragt man diese auf den ersten Blick nahe liegende Gleichstellung von Eigentümer- und Gerichtsbeschluss, stellt man schnell fest, dass die behauptete Verschmelzung und das Nebeneinander von Bestellung und Anstellung unsystematisch wäre. Diese Konstruktion würde die rechtliche Trennung zwischen der Berufung in die Organstellung und des Abschlusses des Geschäftsbesorgungsvertrages ohne innere Rechtfertigung und Notwendigkeit verwischen.

70 Wichtiger ist indessen, dass nur die Wohnungseigentümer das *originäre Recht* haben, einen Wohnungseigentumsverwalter zu bestellen und diesen (notfalls auch konkludent) anzustellen. Dass auch das Wohnungseigentumsgericht ein Recht hat, einen Wohnungseigentumsverwalter anzustellen, müsste aber als *abgeleitetes Recht* ausdrücklich gesetzlich bestimmt sein⁷⁶: Das Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit kann nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung tätig werden⁷⁷. Hieran fehlt es aber. Wenn man nur diese Überlegung der Betrachtung zu Grunde legt, spricht die Gesetzessystematik gegen eine Befugnis des Gerichts, den Verwaltervertrag zu vermitteln.

71 Es gibt freilich weitere systematische Bedenken gegen eine solche Befugnis. So zeigt etwa der in § 43 Abs. 2

weitere systematische Bedenken

⁷⁴ BGH, NJW 1980, 2466, 2468. Hier ist nicht der Ort, mit dieser *überholten Sichtweise* aufzuräumen. Auch sie ist Ausfluss der dogmatisch überholten Vertragstheorie und eine bloße Unterstellung.

⁷⁵ NJW 1973, 2301, 2302; später etwa in NJW-RR 1993, 845, 846. Siehe auch *Bub*, in: Staudinger, 12. Bearbeitung 1997, § 26 WEG Rdnr. 504 und *Bassenge*, in: Palandt, 62. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 7.

⁷⁶ BayObLG, NJW-RR 1988, 1500, 1501.

⁷⁷ BayObLG, NJW-RR 1988, 1500, 1501.

WEG angedeutete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁸, dass das Wohnungseigentumsgericht nicht grundlos in die Privatautonomie der Gemeinschaft eingreifen darf, sondern bei Ausübung seines Ermessens an Vereinbarungen und Beschlüsse der Gemeinschaft gebunden ist. Das Gesetz erlegt dem Gericht Zurückhaltung auf und fordert nur dort Regelungen durch den Staat, wo sie von der Gemeinschaft nicht selbstbestimmt getroffen werden können. Dass die Gemeinschaft nicht willens und in der Lage ist, mit einem durch das Gericht bestellten Notverwalter einen angemessenen Anstellungsvertrag auszuhandeln, steht zum Zeitpunkt des Bestellungsverfahrens aber weder fest noch kann es ohne weiteres vermutet werden. Anlass einer gerichtlichen Befassung nach §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG ist die mangelnde Fähigkeit der Gemeinschaft, selbstbestimmt einen Verwalter zu bestellen. Anlass ist nicht, einen Verwalter vom Gericht anstellen zu lassen.

Bruch im gesetzlichen Gefüge

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach der Systematik des FGG kein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit privat-rechtliche Verträge schließen kann. Alle Akte des Gerichts sind öffentlich-rechtlicher Natur, selbst bei Zustimmungen zu Rechtsgeschäften (etwa §§ 1828 ff. BGB)⁷⁹. Es wäre daher ein *systematischer Bruch im gesetzlichen Gefüge*, wollte man allein für §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG annehmen, dass das Gericht als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft privat-rechtliche Verwalterverträge schließen könnte.

72

(3) Sinn und Zweck

verwalterlose Zeit beenden

Ein Blick auf Sinn und Zweck des § 26 Abs. 3 WEG bestätigt diese Ergebnisse. Die Bestellung eines Notverwalters durch Gerichtsbeschluss soll eine verwalterlose Zeit beenden und ein organschaftliches Rechtsverhältnis zur Gemeinschaft begründen. Dieser Zweck wird erreicht, wenn das Gericht einen Verwalter bestellt und der Notverwalter seine Bestellung an-

73

⁷⁸ Auf diesen verweist für § 29 BGB etwa *Weick*, in: Staudinger, 12. Bearbeitung 1995, § 29 BGB Rdnr. 10.

⁷⁹ Vgl. nur *Diedrichsen*, in: Palandt, 62. Aufl. 2003, § 1828 BGB Rdnr. 3.

nimmt⁸⁰. Der daneben jedenfalls theoretisch möglichen Anstellung des Notverwalters bedarf es nicht. Einer durch einen fehlenden Verwaltervertrag hervorgerufenen Krise will das Gesetz auch gar nicht Rechnung tragen: Der Verwaltervertrag als Element der Binnengestaltung der Gemeinschaft ist nicht Gegenstand der Bestellung, die § 26 WEG zum Gegenstand hat, sondern Frage einer ordnungsmäßigen Verwaltung und demgemäß im Rahmen des § 21 WEG zu klären.

- 74 Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Anstellung des Verwalters notwendige Voraussetzung seiner Bestellung wäre⁸¹ und ohne Annahme eines konkludent geschlossenen Anstellungsvertrages keine Verwalterbestellung durch das Gericht möglich wäre⁸². Das ist aber nicht der Fall. Ein Verwaltervertrag ist nach der hier zu Grunde gelegten und auch für das WEG immer häufiger befürworteten Trennungstheorie im engeren Sinne keine Voraussetzung für die Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters⁸³. Erst jüngst haben *Strienschke*⁸⁴, *Bogen*⁸⁵ und *Wenzel*⁸⁶ überzeugend dargelegt und begründet, dass und warum der Verwalter seine Stellung als Organ abschließend mit der Bestellung und nicht erst mit dem Abschluss des Verwaltervertrages erlangt.

Anstellung des Verwalters notwendige Voraussetzung seiner Bestellung?

⁸⁰ *Merle*, in: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 226.

⁸¹ Denn während nach der Trennungstheorie die Annahme der organ-schaftlichen Bestellung genügt, bedarf es nach der weitergehenden Vertragstheorie noch des Abschlusses eines Verwaltervertrages. Zur Vertragstheorie siehe etwa BayObLG, WE 1997, 396, 398; *Bassenge*, in: Palandt, 62. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 7; *Bub*, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 26 WEG Rdnr. 130, 132.

⁸² So die bislang h. M. Siehe für diese exemplarisch *Bub*, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 26 WEG Rdnr. 130 und *Gottschalg*, WE 1998, 242, 244: Zu einer wirksamen Verwalterbestellung muss der Abschluss des Verwaltervertrages hinzukommen. Ferner OLG Hamburg, ZMR 2001, 2001, 132, 133; BayObLGZ 1974, 305, 309 und 310; OLG Oldenburg, Rpfleger 1979, 266.

⁸³ So auch *Armbrüster*, ZfIR 2003, 9, 10; *Merle*, in: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 226.

⁸⁴ PiG 60, 217, 224.

⁸⁵ ZWE 2002, 289 ff.

⁸⁶ ZWE 2001, 510, 511 ff.

- Zur Begründung der Amtsstellung ist deshalb richtiger Ansicht nach ein Vertrag weder erforderlich noch ausreichend⁸⁷.
- eigene Ansicht* Der Notverwalter wird „Organ“, wenn er den gerichtlichen Beststellungsbeschluss annimmt. Durch die Bestellung und nicht wegen des Verwaltervertrages ist er zur Amtsführung berechtigt und verpflichtet⁸⁸. Der Vertragsschluss hat auf die Pflichten- und Rechtebegründung keinen Einfluss⁸⁹. 75
- Gemeinschaft muss Notverwalter anstellen* Nach Sinn und Zweck sachgerecht ist deshalb, dass die Gemeinschaft selbst den Notverwalter anstellt und die Einzelheiten des Verwaltervertrages regelt. Wenn die vertraglichen Regelungen unvollständig bleiben oder gar ausbleiben, muss der Notverwalter zunächst versuchen, angemessene Beschlüsse oder Vereinbarungen der Gemeinschaft zu erreichen. Gelingt ihm dies nicht, hat der Notverwalter einen Anspruch auf Anstellung⁹⁰, den er gerichtlich durchsetzen kann⁹¹. 76
- Vergütung* Damit ist es auch nach Sinn und Zweck sachgerecht, dass die Gemeinschaft und nicht das Gericht den Not- 77
-
- ⁸⁷ *Wenzel*, ZWE 2001, 510, 512.
- ⁸⁸ *Gottschalg*, in: Deckert, ETW, Juni 2002, Gr. 4, Rdnr. 1032; *Merle*, in: Bärmann/Pick/Merle, § 26 WEG Rdnr. 25a; *Striowski*, ZWE 2001, 8.
- ⁸⁹ Hierfür spricht eine Auslegung der §§ 8, 10 Abs. 4, 12, 26 Abs. 4, 27 WEG. Siehe zur Vorzugswürdigkeit der Trennungstheorie im Einzelnen vor allem *Bogen*, ZWE 2002, 289, 290 ff.
- ⁹⁰ Auf ein bloß gesetzliches Schuldverhältnis muss sich der Notverwalter nicht einlassen: Wegen der damit verbundenen **Unsicherheiten** entspricht dieses nicht ordnungsgemäßer Verwaltung.
- ⁹¹ Allenfalls wenn von vornherein absehbar ist, dass eine Mehrheit der Gemeinschaft nicht bereit sein wird, mit dem Notverwalter angemessene Bestimmungen zu treffen, sollte das Gericht bereits im Beststellungsbeschluss Probleme der Anstellung regeln. Diese besondere Situation ist aber zu ermitteln bzw. vom Antragsteller bereits in der Antragsschrift gesondert darzulegen. Sie kann nicht bereits aus dem Umstand geschlossen werden, dass die Gemeinschaft sich nicht auf einen bestimmten Verwalter verständigen kann. Allein aus diesem Umstand lässt sich nicht entnehmen, dass die Gemeinschaft ferner nicht in der Lage ist, einen fairen Anstellungsvertrag auszuhandeln.

verwalter anstellt und Inhalte des Verwaltervertrages vereinbart. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass der Notverwalter die Bestellung nicht annehmen wird, wenn die Frage einer angemessenen Vergütung nicht bereits im Bestellungsbeschluss geregelt wird. Die Bestimmung des § 85 Abs. 3 AktG⁹² zeigt, dass die Annahme eines vertragslosen Verwalters auch in Bezug auf Vergütungsfragen praktikabel ist und nicht dazu führt, dass Notorgane nicht gefunden werden können.

(4) Vergleichbare Regelungen

- 78 Für die Annahme, dass das Gericht den Anstellungsvertrag nicht mit dem Notverwalter schließen darf, spricht auch ein Blick auf die oben vorgestellten „Schwestervorschriften“, den §§ 29 BGB, 85 AktG. Zwar sind die Stellungnahmen auch zu diesen Bestimmungen indifferent. Nach den ganz überwiegend vertretenen Ansichten, kann das Gericht auch aber nach ihnen das entsprechende Notorgan nicht anstellen, sondern nur bestellen. So hat etwa das **BayObLG**⁹³ entschieden, dass § 29 BGB **keine Ermächtigung** für das Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält, **vertragliche Vereinbarungen für die GmbH** zu treffen⁹⁴. Und aus § 85 Abs. 3 AktG folgt ohne weiteres, dass der Gesetzgeber selbst keine Macht des Gerichts annimmt, bereits im Bestellungsbeschluss die Anstellung zu regeln. Nach dieser Bestimmung setzt das Gericht die Auslagen und die Vergütung erst dann fest, wenn sich das bestellte Vorstandsmitglied und die Gesellschaft vorher nicht einigen können.

Schwestervorschriften

- 79 Auch nach **Reuter**⁹⁵ und **Reichert**⁹⁶ scheitert die Anstellung eines Notvorstands nach § 29 BGB an „einer

Schrifttum

⁹² Danach hat das gerichtlich bestellte Vorstandsmitglied auch ohne Anstellung einen Anspruch auf Ersatz angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für seine Tätigkeit. Einigen sich das Vorstandsmitglied und die Gesellschaft nicht, setzt das Gericht die Auslagen und die Vergütung fest.

⁹³ NJW-RR 1988, 1500, 1501.

⁹⁴ BayObLG, NJW-RR 1988, 1500, 1501.

⁹⁵ In: MünchKomm BGB, 3. Aufl. 1993, § 29 BGB Rdnr. 13.

ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung“⁹⁷. Der Bestellte müsse seine berechtigten Ansprüche und seinen Anspruch auf eine faire Regelung der Anstellung gegen den Verein geltend machen. Auch **Schneider**⁹⁸ ist für das GmbH-Recht der Auffassung, dass die gerichtliche Bestellung **nicht** zugleich auch die persönlichen Beziehungen des Notgeschäftsführers zur Gesellschaft bestimme. Nach **Schulz**⁹⁹ kann das Gericht mit der Bestellung zwar auch die Anstellung verfügen. Das aber **nur** unter der Voraussetzung, dass sich Liquidator und Gesellschaft vorher nicht einigen können. Dies entspricht jedenfalls im Ergebnis der hier vertretenen Ansicht.

Westermann

Nur nach **Westermann**¹⁰⁰ soll es eine „ganz h. M.“ geben¹⁰¹, nach der mit der gerichtlichen Bestellung auch ein Anstellungsvertrag zwischen dem Notgeschäftsführer und der Gesellschaft zustande kommt. Geltungsgrund müsse, da das Gericht nicht in Vertretung der Gemeinschaft handeln könne, ein Hoheitsakt sein. Das Gericht könne allerdings nach h. M. die Vergütung **nicht** festsetzen¹⁰².

80

(5) Folgerungen

Folgerungen: Mitwirkung bei der Begründung eines Organschaftsverhältnisses

Das Gesetz regelt in § 26 Abs. 3 WEG also nur die Bestellung des Verwalters, also die Begründung seiner Organstellung durch Beschluss mit ausschließlich gemeinschaftsinterner Wirkung und Bindung unter den Woh-

81

⁹⁶ Handbuch des Vereins- und Verbandsrecht, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 1279.

⁹⁷ Anders als z. B. nach dem vormaligen § 85 Abs. 1 Satz 2 KO.

⁹⁸ EWIR § 6 GmbHG 1/88, Seiten 999 – 1000.

⁹⁹ Die masselose Liquidation der GmbH: zum Zweck von Konkurs und Liquidation am Beispiel der GmbH, 1986, S. 116.

¹⁰⁰ Der Notgeschäftsführer der GmbH – der Mann zwischen den Fronten, in: Festschrift für Bruno Kropff, Düsseldorf 1997, 681, 689.

¹⁰¹ Zitiert werden Hachenburg/Mertens, § 35 GmbHG Rdnr. 40; Lutter/Hommelhoff, Vor § 35 GmbHG Rdnr. 24; Scholz/U. H. Schneider, § 6 GmbHG Rdnr. 44.

¹⁰² Erwähnt werden BGH, WM 1976, 1226; BayOBLG, GmbHR 1988, 436, 439 und Scholz/U. H. Schneider, § 6 GmbHG Rdnr. 44.

nungseigentümern¹⁰³. Eine Befugnis des Gerichts, Einzelheiten des Rechtsverhältnisses zwischen Notverwalter und Eigentümergemeinschaft zu regeln, lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen und ist weder nach Sinn und Zweck der Regelung noch nach der Systematik geboten.

Das Gericht überschritte die ihm eingeräumte Rechtsmacht, wenn es auch für den Geschäftsbesorgungsvertrages die Gemeinschaft vertreten würde. Richtig ist allein, dass, wenn der Notverwalter das Angebot auf Bestellung annimmt, zwischen ihm und der Gemeinschaft ein durch Staatsakt begründetes, privatrechtliches Rechtsverhältnis begründet wird¹⁰⁴. Ein Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages kann deshalb im gerichtlichen Bestellungsakt aber nicht gesehen werden¹⁰⁵.

Das Gericht ist gesetzlich nur ermächtigt, bei der Begründung eines Organschaftsverhältnisses mitzuwirken; es kann aber mangels einer gesetzlichen Ermächtigung nicht rechtsgestaltend in das weiter gegebene schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Verein und dem Notverwalter eingreifen. Das Gericht kann den Notverwalter also bestellen, ihn aber nicht anstellen.

- 82 Regelungen etwa über die Verfahrensstellung und die Vergütung des Notverwalters kann das Wohnungseigentumsgericht deshalb nur im Rahmen eines **Fürsorgeverfahrens**¹⁰⁶ nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG treffen, wenn die Gemeinschaft eine einvernehmliche Lösung nicht getroffen hat und wenn eine Regelung durch die Gemeinschaft von vornherein, z. B. weil die Gemeinschaft zerstritten ist, nicht erreichbar ist.

Keine Regelungen des Anstellungsvertrages

¹⁰³ So auch OLG Hamm ZMR 1997, 94, 95.

¹⁰⁴ So auch Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 531 und Schmidt, WE 1998, 209, 210.

¹⁰⁵ Wie hier zum Aktienrecht Wiesner, in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, 1988, § 20 Rdnr. 28 und Hefermehl, in: Geßler, Hefermehl, Eckhardt, Kropf, AktG 1984, § 85 Rdnr. 20.

¹⁰⁶ Siehe dazu ausführlich Algermissen, in: Recht und Realität der privatrechtlichen Streitverfahren in Wohnungseigentumssachen, 2000, S. 20 ff.

ee. Verfahrensstellung

(1) Ausgangslage

Teilungserklärung

Sofern nicht in der **Teilungserklärung** für jeden Verwalter und **allgemein** bestimmt ist, welche verfahrensrechtliche Stellung er hat, umfasst die Einsetzung des gerichtlichen Notverwalters nicht automatisch die Ermächtigung zur Verfahrensvertretung der Wohnungseigentümer¹⁰⁷. Kraft Gesetzes ist der Notverwalter nach § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG zwar berechtigt, Zustellungen entgegenzunehmen; diese Zustellungsververtretung enthält aber keine Vertretungsmacht für gerichtliche Verfahren¹⁰⁸.

83

Auch wenn dem Vorverwalter nach § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG eine Verfahrensvollmacht eingeräumt wurde, ändert dies nichts an der Rechtslage. Denn eine Verfahrensvollmacht nach § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG kann immer nur eine **Vollmacht für den jeweiligen Wohnungseigentumsverwalter** sein¹⁰⁹. In dringenden Fällen kann dem Notverwalter allerdings eine Verfahrensvollmacht nach § 27 Abs. 2 Nr. 4 WEG zustehen¹¹⁰.

84

(2) Gerichtliche Anordnung

Gerichtliche Anordnung

Als Folge der *Beschränkung des rechtlichen Könnens* des Wohnungseigentumsgerichts kann dieses nach §§ 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG keine Bestimmungen zur Verfahrensstellung des Wohnungseigentumsverwalters¹¹¹ treffen. Mit der Verfahrensstellung kann sich das Wohnungseigentumsgericht nur im Rahmen eines Streitverfahrens nach §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG befassen. Voraussetzung dazu ist dann, dass die Gemeinschaft *zuvor* und außerhalb des Bestellungsverfahrens erfolglos versucht hat, eine mehrheitsfähige

85

¹⁰⁷ KG, WuM 2001, 627.

¹⁰⁸ KG, WuM 2001, 627 = ZWE 2001, 496 = FGPrax 2001, 225; Bay-OBLG, NJW-RR 1997, 396.

¹⁰⁹ KG, WuM 2001, 627 = ZWE 2001, 496 = FGPrax 2001, 225.

¹¹⁰ OLG Saarbrücken, ZMR 1998, 310, 311.

¹¹¹ Etwa in dem Sinne, dass der Verwalter ermächtigt wird, gerichtliche Verfahren im Namen der Gemeinschaft zu führen.

Lösung zu finden: Erst wenn die Gemeinschaft daran scheitert, sachgerechte Regelungen zu treffen, bedarf es einer gerichtlichen Bestimmung.

ff. Vergütung

- 86 Wie gezeigt, soll das Gericht nach noch h. M. befugt sein, die Höhe der dem Notverwalter zustehenden Vergütung zu bestimmen¹¹². Aus den dargelegten Gründen ist eine gerichtliche Bestimmung richtiger Ansicht nach aber nicht möglich¹¹³. *Grundsatz: übliche Vergütung*

gg. Durchführung Versammlung

- 87 Das Gericht kann den Notverwalter nicht anweisen, umgehend zu einer Eigentümerversammlung mit dem Zweck einzuladen, den Versuch zu unternehmen, einen „ordentlichen“ Wohnungseigentumsverwalter durch Mehrheitsbeschluss zu bestellen¹¹⁴. *keine Versammlung*
- 88 Wäre nämlich allein durch die Einberufung einer Eigentümerversammlung Abhilfe zu schaffen und die Wahl eines Wohnungseigentumsverwalters durch die Gemeinschaft aussichtsreich, bestände für die gerichtliche Bestellung eines Notverwalters bereits kein Rechtsschutzbedürfnis¹¹⁵. *Kein Rechtsschutzbedürfnis*

hh. Zwangsmaßnahmen

- 89 **Henze**¹¹⁶ hat vorgeschlagen, mit dem Bestellungsbeschluss verschiedene Zwangsmaßnahmen zu verbinden. Gegen diese Anordnungen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn es für sie denn einen Anlass gibt. Meines Erachtens muss dazu der **begründete Verdacht** (~ *Gefahr im Verzug*) bestehen, dass der alte Wohnungseigentumsverwalter seinen Pflichten nicht freiwillig nachkommen wird. Gibt es dafür keine Anhaltspunkte, sind *Zwangsmaßnahmen nur bei Anlass*

¹¹² Siehe etwa Henze, ZMR 1987, 247, 248.

¹¹³ Was hieraus folgt, ist noch zu erörtern, siehe **Randnummer** 125 ff.

¹¹⁴ A. A. BayObLG, WuM 1989, 205 und Henze, ZMR 1987, 247, 248.

¹¹⁵ Siehe dazu im Einzelnen unten **Randnummer** 111 ff.

¹¹⁶ ZMR 1987, 248, 249; zustimmend Gottschalg, WE 1998, 242, 243.

Zwangsmaßnahmen unverhältnismäßig und überschreiten das dem Gericht eingeräumte Ermessen¹¹⁷.

Anordnungen

Kann Gefahr im Verzug angenommen werden, sind folgende Anordnungen zur Vorbereitung der Amtsübernahme und Effizienz des endgültigen¹¹⁸ Bestellungsbeschlusses vorstellbar:

90

- **Einsichtnahme** in und **Kopie** von **Unterlagen**, Schlüsseln und Gerätschaften¹¹⁹. Eine Herausgabe kann nicht verfügt werden, weil das eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache darstellen würde.
- Ggf. **Verbot** an einen vorgehenden Verwalter, weiterhin über Mittel der Gemeinschaft **Verfügungen** zu treffen¹²⁰.

ii. Amtszeit¹²¹

Begrenzung

Das Gericht kann den Umständen des Einzelfalls angemessen gem. § 43 Abs. 2 WEG die **Amtszeit** des

91

¹¹⁷ Stellt sich später heraus, dass z. B. Unterlagen nicht herausgegeben werden, kann die Herausgabe gerichtlich geltend gemacht werden. Zuständig ist das Wohnungseigentumsgericht nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG.

¹¹⁸ Hingegen nicht der nur vorübergehenden Bestellung nach § 44 Abs. 3 WEG; a. A. Henze, ZMR 1987, 247, 248.

¹¹⁹ Der Verwalter muss der Gemeinschaft gem. §§ 675, 667 BGB sämtliche Verwaltungsunterlagen, die nicht bestimmungsgemäß verbrauchten Wohngelder sowie sonstige für Rechnung der Gemeinschaft erlangten Gelder herausgeben. Der Verwalter hat hinsichtlich seiner Herausgabepflicht kein Zurückbehaltungsrecht.

¹²⁰ Seine Vergütung bzw. seine Ansprüche auf Aufwendungsersatz kann er aber von den herauszugebenden Geldern abziehen, entweder weil er sie in zulässiger Weise bereits dem Gemeinschaftskonto entnommen hat oder indem er gegenüber dem Herausgabeanspruch der Gemeinschaft insoweit die Aufrechnung erklärt, was grundsätzlich zulässig ist.

¹²¹ Siehe dazu im anderen Zusammenhang bereits schon oben **Randnummer** 32 ff.

Notverwalters nach billigem Ermessen auf eine bestimmte Frist **begrenzen**¹²².

- 92 § 26 Abs. 3 WEG „bis zur Behebung des Mangels“ zwingt hierzu nicht. Für eine **Begrenzung** der Amtszeit des Verwalters im Gerichtsbeschluss besteht tatsächlich – es sei denn, der eigentliche Wohnungseigentumsverwalter ist bekanntermaßen nur vorübergehend an der Ausübung seines Amtes verhindert, eine Bestellung ist aber dringend¹²³ – auch **kein Anlass**. Denn der Gerichtsbeschluss ersetzt den von allen Wohnungseigentümern nach § 21 Abs. 4 WEG geschuldeten Beschluss, der auch regelmäßig keine Begrenzung enthält.
- Für eine Begrenzung besteht allerdings kein Anlass*

- 92a Das **Kammergericht** hält es auch für möglich, dass das Wohnungseigentumsgericht eine **Mindestdauer** festsetzt, vor deren Ablauf eine Verwalterbestellung durch die Wohnungseigentümer ausgeschlossen ist¹²⁴. Auch hierzu besteht indessen aus den genannten Gründen kein Anlass. Außerdem bestehen Bedenken, dass eine derartiger Ausschluss der Privatautonomie möglich sein könnte.
- Mindestdauer*

b. §§ 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG

aa. Mitwirkung

- 93 Das Gericht kann bei einem auf § 21 Abs. 4 WEG gestützten Antrag unstreitig die übrigen Wohnungseigentümer zur Mitwirkung (= Zustimmung) bei der Bestellung des vom Antragsteller gewünschten und vom Gericht für geeignet gehaltenen Verwalters verpflichten.
- Verpflichtung zur Zustimmung*

bb. Unmittelbare Bestellung

- 94 **Streitig** ist hingegen, ob das Gericht außerdem dann, wenn tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Gruppen von Wohnungseigentümern
- Unmittelbare Bestellung*

¹²² BayObLG, NJW-RR 1989, 461, 462; Merle, in: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 56 und 57. Die Begrenzung auf etwa ein volles Kalenderjahr nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses wäre z. B. nicht zu beanstanden.

¹²³ **Randnummer** 35.

¹²⁴ WuM 2003, 412, 413.

bestehen oder eine Gruppe stets die andere majorisiert, auch **unmittelbar** einen Verwalter bestellen kann.

Eigene Ansicht

Die wohl **h. M.** bejaht dies¹²⁵. Wohl zu Unrecht. Denn die h. M. verkennt die systematische Stellung des § 21 Abs. 4 WEG. § 26 Abs. 3 WEG enthält alle Merkmale des § 21 Abs. 4 WEG und fügt diesem noch weitere hinzu¹²⁶. Wie bereits **Merle**¹²⁷ und nach ihm **Algermissen**¹²⁸ überzeugend dargelegt haben, verdrängt deshalb aus systematischen Gründen § 26 Abs. 3 WEG als *lex specialis*¹²⁹ die Möglichkeit einer Bestellung des Notverwalters durch das Gericht nach § 21 Abs. 4 WEG. Es wäre nicht zu vertreten, wenn die strengeren Anforderungen des § 26 WEG – z. B. die Notwendigkeit eines **dringendes Falls** – durch § 21 Abs. 4 WEG **unterlaufen** werden könnten¹³⁰.

95

cc. Bindung an Antrag

Bindung an den Antrag

Anders als nach § 26 Abs. 3 WEG soll das Gericht bei einer Bestellung nach § 21 Abs. 4 WEG an den Antrag, vor allem an die vom Antragsteller vorgeschlagene Person des Notverwalters gebunden sein¹³¹.

96

97

¹²⁵ Siehe etwa KG, WuM 2003, 412; BayObLG, NJW-RR 1989, 461; BayObLGZ 1987, 66, 71 = WuM 1988, 92 = NJW-RR 1987, 714; a. A. Merle, in: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 240 und in: Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, S. 91, 92.

¹²⁶ Vor allem die Dringlichkeit.

¹²⁷ In: Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, S. 90, 91.

¹²⁸ In: Recht und Realität der privatrechtlichen Streitverfahren in Wohnungseigentumssachen, 2000, S. 20 ff.

¹²⁹ Dieses Verhältnis räumt auch Gottschalg, WE 1998, 242, 246, ein.

¹³⁰ A. A. Gottschalg, WE 1998, 242, 246. Nach ihm ergänzt § 26 Abs. 3 WEG den § 21 Abs. 4 WEG in dringenden Fällen, in dem Fall, dass ein Dritter den Antrag stellt und in dem Fall, wenn ein bestimmter Verwalter vom Antragsteller verlangt wird.

¹³¹ So Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 356.

Diese Bindung an den Antrag überzeugt nur dann, wenn man – wie hier – das Gericht allein für befugt ansieht, die Eigentümer zur Zustimmung zu verurteilen¹³². Denn eine Zustimmung kann nur einer bestimmten Person gelten. Diese muss im Antrag genannt sein.

- 98 Könnte das Gericht hingegen auch nach § 21 Abs. 4 WEG einen Verwalter bestimmen, wäre eine Bindung an den Antrag nicht zu erklären. Da dem Gericht im in den **Fürsorgeverfahren des FGG** anders als nach § 308 ZPO keine Bindung an den Antrag auferlegt wurde und im FGG-Verfahren notwendig, aber auch ausreichend ist, dass das Rechtsschutzziel erkennbar ist, folgte aus § 43 Abs. 2 WEG, dass das Gericht auch für eine nach § 21 Abs. 4 WEG zu treffende Auswahl Ermessen eingeräumt wäre. Dass es bei seiner Entscheidung den Vorschlag des Antragstellers zu würdigen hat, liegt auf der Hand. Das Gericht kann dann aber nicht dazu gezwungen werden, einen Notverwalter zu ernennen, der seiner Auffassung nach ungeeignet ist. *Fehler der h. M.*

c. Wechsel der Verfahrensart

- 99 Begehrt der Antragsteller die Zustimmung zu einem bestimmten Verwalter nach § 21 Abs. 4 WEG, hält das Gericht diesen aber für ungeeignet, kann der Antragsteller analog §§ 263 ff. ZPO die Verfahrensart wechseln – hierauf muss das Gericht gem. § 139 ZPO analog hinweisen – und auf Bestellung eines Notverwalters durch das Gericht antragen.

d. Wirksamkeit

- 100 Bestellt das Gericht einen Notverwalter, kann dieser erst handeln, wenn *Wirksamkeit mit Rechtskraft*
- dem Notverwalter¹³³ der **Beschluss bekannt** gegeben worden ist (§ 16 Abs. 1 FGG),

¹³² Kritisch auch Merle, in: Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, S. 90, 91.

¹³³ Die **Bekanntgabe an den Antragsteller** hat meines Erachtens für § 16 Abs. 1 WEG **keine Bedeutung**. Siehe dazu BGHZ 6, 232 = NJW 1952, 1009; BayObLGZ 1980, 306, 310.

- der Notverwalter die **Bestellung** gegenüber dem Wohnungseigentumsgericht mündlich, schriftlich oder schlüssig **angenommen** hat¹³⁴ und
- der gerichtliche **Bestellungsbeschluss** nach § 45 Abs. 2 WEG **rechtskräftig** geworden ist¹³⁵. Das ist zwei Wochen nach Ablauf der Rechtsmittelfrist der Fall. Handelt der Notverwalter vor Rechtskraft, können ihm Rechte und Pflichten aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** nach §§ 677 ff. BGB zustehen¹³⁶.

§ 44 III WEG: *Sofortige Wirksamkeit*

Um Verzögerungen zu vermeiden, sollte das Gericht den Beschluss im Wege der einstweiligen Anordnung gem. § 44 Abs. 3 WEG **für sofort wirksam erklären**¹³⁷. Dann reicht es, dass dem Notverwalter der Bestellungsbeschluss bekannt ist und er die Bestellung angenommen hat. 101

3. Maßnahmen nach § 44 Abs. 3 WEG

Maßnahmen nach § 44 Abs. 3 WEG

Das Gericht ist in den Verfahren nach §§ 26 Abs. 3, 21 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 1 WEG, aber auch sonst – z. B. bei der Überprüfung einer Verwalterwahl – befugt, nach § 44 Abs. 3 WEG (vorübergehend) einen Notverwalter zu bestellen. 102

¹³⁴ Dazu sollte der Notverwalter sich zuvor über den Inhalt der gerichtlichen Bestellung und die in Frage kommende Wohnungseigentumsanlage genau informieren.

¹³⁵ Nach § 45 Abs. 2 WEG wird die gerichtliche Entscheidung erst mit der Rechtskraft wirksam und für alle Beteiligten bindend.

¹³⁶ Siehe dazu noch **Randnummer** 132. Es kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die Aufnahme der Tätigkeit durch den Notverwalter im Interesse der Mehrheit der Wohnungseigentümer liegt. Insoweit kann als Anhaltspunkt herangezogen werden, ob und wie viele Eigentümer gegen den anordnenden Beschluss des Gerichtes Beschwerde einlegen. Ist dies nicht die Mehrheit, liegt die Ausübung der Verwaltungstätigkeit offensichtlich in deren wohlverstandenen Interesse.

¹³⁷ BayObLG, WE 1993, 143. **Randnummer** 104.

- 103 Eine Bestellung kommt vor allem in Betracht, wenn ein Wohnungseigentumsverwalter fehlt oder wenn die erfolgte Bestellung nach Ansicht des Gerichts nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

a. Es gibt keinen Verwalter

- 104 Fehlt ein Wohnungseigentumsverwalter und bestellt das Gericht auf Antrag einen Notverwalter, kann dieser erst handeln, wenn der gerichtliche Bestellungsbeschluss nach § 45 Abs. 2 WEG rechtskräftig ist¹³⁸. Das Gericht kann aus diesem Grunde den von ihm bestimmten Notverwalter bereits für die **Dauer des Verfahrens** nach § 44 Abs. 3 WEG **vorläufig bestellen**.

Wohnungseigentumsverwalter fehlt

- 105 Um Verzögerungen zu vermeiden, kann das Gericht den Bestellungsbeschluss außerdem im Wege der einstweiligen Anordnung **für sofort wirksam erklären**¹³⁹.

Verzögerungen vermeiden

b. Die Bestellung ist nicht ordnungsgemäß

- 106 Wenn dem Gericht die Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters zur Überprüfung gestellt wird, kann der (*zunächst*) bestellte Verwalter sein Amt dennoch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens wahrnehmen. Das WEG-Verfahren hat auf die Bestellung zunächst keinen Einfluss.

Grundsatz

- 107 Entspricht die Bestellung nach Ansicht des Gerichts nicht ordnungsmäßiger Verwaltung oder sieht das Gericht aus anderen Gründen einen Anlass, den Wohnungseigentumsverwalter abzurufen, kann es daher nach billigem Ermessen im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 44 Abs. 3 WEG bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens einen Dritten zum Wohnungseigentumsverwalter bestimmen. Daneben muss der entsprechende Beschluss der Gemeinschaft im Wege einstweiliger Anordnung **vorläufig außer Kraft gesetzt** werden.

Einstweilige Anordnung

¹³⁸ **Randnummer** 100.

¹³⁹ BayObLG, WE 1993, 143.

c. Wirksamkeit

Wirksamkeit Die Anordnung nach § 44 Abs. 3 WEG tritt nicht mit Erlass der Entscheidung in der Hauptsache, die den Antrag auf Bestellung eines Notverwalters zurückweist, außer Kraft. Anordnungen nach § 44 Abs. 3 WEG bleiben vielmehr bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens wirksam, wenn sie nicht vorher geändert werden¹⁴⁰. 108

4. Abänderung

Abänderung Das Gericht kann seinen Beschluss nur unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 4 WEG ändern. 109

5. Beteiligte

Beteiligte In den Verfahren nach §§ 21 Abs. 4, 26 Abs. 3, 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG sind neben dem zu bestellenden Notverwalter ggf. der antragstellende Dritte und die Wohnungseigentümer zu beteiligen. 110

6. Rechtsschutzbedürfnis

Allgemeines Wenn weder tatsächliche noch rechtliche Hindernisse bestehen, dass die Eigentümergemeinschaft mit der nach der Teilungserklärung erforderlichen Mehrheit einen Verwalter bestellt, ist auch bei erheblichen Spannungen innerhalb der Gemeinschaft kein Raum für die Bestellung eines Notverwalters durch das Gericht¹⁴¹. 111

Rechtsschutzbedürfnis Ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt danach vor allem, wenn die Gemeinschaft durch **eigene Maßnahmen** die verwalterlose Zeit beenden kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn es ausreicht, einen Eigentümer zur Einberufung einer Eigentümerversammlung zu bevollmächtigen, um über die (Neu-)wahl eines Wohnungseigentumsverwalters abzustimmen. Aus Gründen der Prozessökonomie muss die Gemeinschaft zunächst stets selbst und autonom (erfolglos) versuchen, ihre Probleme allein und 112

¹⁴⁰ OLG Düsseldorf, ZMR 1995, 216; vgl. auch BayObLGZ 1993, 73, 75.

¹⁴¹ OLG Köln, ZMR 2003, 380.

ohne Hilfe des Gerichts zu lösen. Erst wenn die Wahl eines Verwalters auf dieser Versammlung scheitert, kann die Hilfe des Gerichts gesucht werden¹⁴².

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die **Einberufung einer Versammlung aussichtslos erscheint**, weil von vornherein feststeht, dass eine Wahl scheitern würde. Hierzu bedarf es vor allem eines geeigneten Vortrags des Antragstellers.

Ausnahme: Einberufung einer Versammlung erscheint aussichtslos

- 113 Das **Rechtsschutzbedürfnis** auf Bestellung eines Notverwalters soll nach dem KG¹⁴³ ferner **entfallen**, wenn die Gemeinschaft während des laufenden Verfahrens auf Bestellung eines Notverwalters mehrheitlich einen neuen Wohnungseigentumsverwalter bestellt. Das kann freilich nicht überzeugen. Das KG verwechselt die Sachurteilsvoraussetzungen mit der Begründetheit des Antrags. Durch die Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters entfällt das Tatbestandsmerkmal des „Fehlens“. Das Verfahren auf Bestellung eines Verwalters erledigt sich dadurch. Das hat mit dem Rechtsschutzbedürfnis nichts zu tun.

Wahl eines Wohnungseigentumsverwalters während des Verfahrens

- 114 Ist der Antragsteller mit der Wahl eines Wohnungseigentumsverwalters nicht einverstanden, kann er seinen Antrag auf Bestellung eines Notverwalters im Wege der Antragsänderung auf Beschlussanfechtung umstellen mit der Anregung, für die Dauer des Verfahrens einen anderen Verwalter nach § 44 Abs. 3 WEG zu bestellen¹⁴⁴.

Antragsänderung

- 115 Kommt keine Antragsänderung in Betracht, sollte der Antragsteller das Verfahren auf Bestellung eines Notverwalters in der Hauptsache für erledigt erklären.

Erledigterklärung

7. Geschäftswert

- 116 Welcher Geschäftswert für die gerichtliche Bestellung eines Notverwalters anzusetzen ist, ist unsicher. Der

OLG Stuttgart

¹⁴² A. A. Henze, ZMR 1987, 247, 248.

¹⁴³ KG, WE 1990, 211; so auch BayObLG, NJW-RR 1992, 787.

¹⁴⁴ Siehe dazu **Randnummer** 102 ff.

Vorschlag des **OLG Stuttgart**¹⁴⁵, an das Verwalterhonorar für ein Jahr anzuknüpfen, ist meines Erachtens kein tauglicher Maßstab für eine Bemessung¹⁴⁶.

Interesse der Gemeinschaft

Das nach § 48 Abs. 3 Satz 1 WEG maßgebliche Interesse der Gemeinschaft in einem Verfahren auf Bestellung eines Wohnungseigentumsverwalters durch das Gericht geht dahin, eine nicht ordnungsgemäße verwalterlose Zeit zu beenden und die Funktionsfähigkeit der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums wiederherzustellen¹⁴⁷. Der Verwalter soll durch das Gericht bis zu dem Zeitpunkt bestellt werden, bis die Amtszeit des Notverwalters endet. 117

Dauer der Notverwaltung kein geeignetes Anknüpfungskriterium

Da die Amtszeit des Notverwalters wie bei jedem anderen Verwalter durch Abberufung infolge eines Mehrheitsbeschlusses der Wohnungseigentümer, durch das Gericht oder durch Zeitablauf spätestens nach fünf Jahren¹⁴⁸ endet, ist die **Dauer der Notverwaltung kein geeigneter Anknüpfungspunkt**¹⁴⁹. Sie ist ein völlig willkürliches Kriterium und könnte in einen Fall 5 Jahre, in einem anderen aber nur wenige Wochen betragen. 118

Kein Anknüpfungskriterium ist die dem Notverwalter geschuldete Vergütung

Kein Anknüpfungskriterium ist ferner die dem Notverwalter **geschuldete Vergütung**. Denn das Interesse der Gemeinschaft geht nicht auf Bestimmung der angemessenen Höhe der dem Notverwalter von der Gemeinschaft geschuldeten Vergütung¹⁵⁰. Es geht vielmehr auf die Beendigung der nicht ordnungsgemäßen verwalterlosen Zeit und berührt damit eine der Grundlagen der Eigentümergemeinschaft. Das Interesse der Gemeinschaft an einer ordentlichen, gesicherten und 119

¹⁴⁵ OLG Stuttgart, B. vom 11.4.2003, 8 W 539/02.

¹⁴⁶ So auch Henze, ZMR 1987, 247, 251.

¹⁴⁷ Es geht nicht darum, den „irregulären Zustand der Notverwaltung möglichst kurz zu halten“, so aber OLG Stuttgart, B. vom 11.4.2003, 8 W 539/02.

¹⁴⁸ § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG.

¹⁴⁹ So auch OLG Stuttgart, B. vom 11.4.2003, 8 W 539/02.

¹⁵⁰ Außerdem kann das Gericht die Höhe der Vergütung wie gezeigt nicht festsetzen.

dauerhaften Hausverwaltung ist dabei nicht gering anzusetzen¹⁵¹.

- 120 Wie der Geschäftswert für die gerichtliche Bestellung eines Notverwalters anzusetzen ist, ist daher daran auszurichten, **welcher dauerhafte¹⁵² Nachteil einer Gemeinschaft oder dem Dritten¹⁵³** ohne Bestellung eines Notverwalters droht. Zu diesem Nachteil lassen sich naturgemäß keine abstrakten Aussagen treffen. Vielmehr ist im Einzelfall auf die Größe einer Gemeinschaft, ihren „Jahresumsatz“, also die Gelder, die der Wohnungseigentumsverwalter zu verwalten hat, und den Anlass der Bestellung abzustellen. **Henze¹⁵⁴** hat etwa vorgeschlagen, bei größeren Gemeinschaften als Geschäftswert z. B. 10 % des Jahresumsatzes anzusetzen. Das erscheint jedenfalls vertretbar. Mindestens sollte jedoch der Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO angesetzt werden¹⁵⁵.

Wichtig: Der der Gemeinschaft oder einem Dritten drohende Nachteil

VI. Folgen

1. Allgemeines

- 121 Ein Notverwalter steht einem gewählten Verwalter gleich¹⁵⁶. Er wird **durch Annahme** des Gerichtsbeschlusses **organschaftlicher Vertreter¹⁵⁷** der Eigentümergemeinschaft mit bestimmten Aufgaben und Befugnissen, die in den §§ 27, 28 WEG näher geregelt sind.
- 122 Der wesentliche Unterschied zwischen dem gerichtlichen Notverwalter und dem durch die Wohnungseigen-

Grundsatz

Unterschied: Akt der Bestellung

¹⁵¹ So auch Henze, ZMR 1987, 247, 251.

¹⁵² Nicht relevant kann der konkrete Anlass – unmittelbar drohende Schaden – einer Bestellung sein. Diese kann sehr gering gewesen sein. Das Interesse an einer ordnungsmäßigen Verwaltung wird dadurch aber nicht geschmälert.

¹⁵³ Auf diesen könnte in den Fällen abgestellt werden, in denen er Antragsteller war.

¹⁵⁴ ZMR 1987, 247, 251.

¹⁵⁵ So auch Henze, ZMR 1987, 247, 251, und jetzt OLG Stuttgart, B. vom 11.4.2003, 8 W 539/02.

¹⁵⁶ BGHZ 122, 327, 330 = ZMR 1993, 421.

¹⁵⁷ Siehe dazu jüngst BGH, NJW 2003, 589, 590.

tümer nach § 26 Abs. 1 WEG eingesetzten erschöpft sich im Akt der Bestellung: Anstelle des Mehrheitsbeschlusses der Wohnungseigentümer nach § 26 Abs. 1 WEG tritt der richterliche Bestellungsbeschluss nach § 26 Abs. 3 WEG¹⁵⁸.

gleiche Befugnisse, Pflichten und Rechte

Der vom Gericht bestellte Notverwalter hat daher nach 123 der Funktion seiner Bestellung die **gleichen Befugnisse, Pflichten und Rechte** wie der von den Wohnungseigentümern nach § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG bestellte Verwalter¹⁵⁹. Aufgabenbereich und Befugnisse des Notverwalters werden – **vorbehaltlich einer speziellen Regelung im richterlichen Beschluss selbst** – ebenso durch § 27 WEG und die Gemeinschaftsordnung ausgestaltet wie Aufgabenbereich und Befugnisse eines von den Wohnungseigentümern bestellten Verwalters¹⁶⁰.

2. Bindung an Beschlüsse der Gemeinschaft

Bindung an Beschlüsse der Gemeinschaft

Der Notverwalter ist an Beschlüsse der Gemeinschaft 124 gebunden. Auch dann, wenn er sie für nicht sachgerecht und falsch erachtet. Neben einer vorrangig zu suchenden Klärung in der Eigentümerversammlung, muss subsidiär das Wohnungseigentumsgericht offene Fragen lösen.

3. Verwaltervertrag

Durch die Annahme des gerichtlichen Bestellungsbeschlusses wird der Notverwalter nicht angestellt. Die 124a Gemeinschaft muss sich daher parallel zum Bestellungsverfahren oder im Anschluss an dieses mit dem Verwalter auf einen Geschäftsbesorgungsvertrag und seine Inhalte einigen¹⁶¹. Wenn vertragliche Regelungen

¹⁵⁸ KG, WuM 2001, 627; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 845, 846; Bub, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 26 WEG Rdnr. 504.

¹⁵⁹ OLG Hamm, NJW 1973, 2301, 2302.

¹⁶⁰ Merle, in: Bärman/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 26 Rdnr. 224; Bub, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 26 WEG Rdnr. 503.

¹⁶¹ So auch im Ergebnis *Bassenge*, in: Palandt, 62. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 7. *Bassenge* führt dort aus, dass (nur) der *Antragsteller* die Vertre-

unvollständig bleiben oder gar ausbleiben, muss zunächst versucht werden, entsprechende Beschlüsse oder Vereinbarungen der Gemeinschaft zu erreichen. Gelingt dies nicht, hat der Notverwalter im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung und als Ausfluss seines Amtes einen *Anspruch auf Anstellung*, der gerichtlich durchzusetzen ist¹⁶². Auf ein bloß gesetzliches Schuldverhältnis muss sich der Notverwalter billigerweise nicht einlassen: Wegen der damit verbundenen Unsicherheiten entspricht dieses nicht ordnungsmäßiger Verwaltung. Ein solcher Anspruch auf Anstellung entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Bereits in seiner Entscheidung vom 6.3.1997¹⁶³ hat er ausgeführt, dass es dem Verwalter nicht zuzumuten sei, die „Verwalterpflichten ohne gesicherte vertragliche Grundlage ... zu erfüllen“.

- 124b Wenn allerdings von vornherein absehbar ist, dass die Mehrheit der Gemeinschaft nicht bereit sein wird, den Notverwalter anzustellen, muss sich das Gericht¹⁶⁴ auf Antrag nach § 21 Abs. 4 WEG im Wege objektiver Antragshäufung bereits im Bestellungsbeschluss mit Problemen der Anstellung befassen. Hierfür sollte der Antragsteller in der Antragschrift gesondert darlegen, dass und warum sich die Gemeinschaft neben einer Bestellung voraussichtlich auch auf eine Anstellung nicht verständigen werden kann und ggf. einen Verwaltervertrag vorlegen, zu dem die anderen Eigentümer *zustimmen* sollen. Der Anlass für ein solches Verfahren kann nicht bereits aus dem Umstand geschlossen werden, dass die Gemeinschaft sich nicht auf einen Verwalter verständigen kann und deshalb das Gericht nach § 26 Abs. 3 WEG angerufen wird. Diesem Umstand allein lässt sich nämlich nicht mit der notwendigen Sicherheit entnehmen, dass die Gemeinschaft nicht in der Lage ist, sich auf einen Anstellungsvertrag zu verständigen. Solche Verfahren sind hingegen geboten, wenn ein Eigentümer oder eine Eigentümergruppe die anderen Eigentümer

tungsmacht habe, die Vertragsbedingungen mit dem Notverwalter auszuhandeln.

¹⁶² So auch Häublein, ZMR 2003, 233, 235.

¹⁶³ MDR 1997, 537, 538.

¹⁶⁴ Ggf. nach einem Hinweis nach § 139 ZPO analog.

majorisiert und sich die Mehrheit *jeder* vernünftigen Regelung entgegenstellt.

4. Vergütung

Vergütung

Der gerichtlich eingesetzte Verwalter hat für die Dauer seiner Bestellung einen Vergütungsanspruch gegen die Gemeinschaft. Nach der bislang noch h. M. (Vertragstheorie) sind Anspruchsgrundlage §§ 675, 612 BGB, weil durch den gerichtlichen Bestellungsbeschluss zwischen der Gemeinschaft und dem Notverwalter stillschweigend auch ein Anstellungsvertrag zustande kommt¹⁶⁵. Wie unter II. 3. dargestellt, kann das Wohnungseigentumsgericht den Notverwalter aber nicht anstellen. Folglich kann ein *vertraglicher Vergütungsanspruch* des wirksam bestellten Notverwalters erst entstehen, nachdem sich die Gemeinschaft mit dem Verwalter hierauf geeinigt hat. Der Anstellungsvertrag wäre damit Grundlage der im Gesetz nicht oder nicht genau geregelten Rechte und Pflichten¹⁶⁶, vor allem aber Grundlage für die Vereinbarung einer Vergütung¹⁶⁷. 125

Diese systematisch konsequente Konstruktion entspricht allerdings nicht den Erwartungen der Beteiligten. Sie wäre vor allem aber lebensfremd, da in diesem Falle keine Person bereit wäre, eine Notverwaltung zu übernehmen, *bevor* sie nicht angestellt ist. Damit würde der Zweck einer gerichtlichen Verwalterbestellung vereitelt. Im Weiteren ist daher zu fragen, ob es einen *gesetzlichen Vergütungsanspruch* gibt, der dem vertragslosen Notverwalter einen Anreiz schafft, für die Gemeinschaft tätig zu werden.

a. Anspruchsgrundlage

¹⁶⁵ Für alle KG, ZMR 1994, 34. Der Anspruch steht dem Notverwalter zu, wenn der Bestellungsbeschluss rechtskräftig geworden ist. Nur wenn das Wohnungseigentumsgericht eine Anordnung nach § 44 Abs. 3 WEG getroffen hat, und der Verwalter also bereits mit Wirksamkeit der Anordnung tätig werden kann, steht ihm ausnahmsweise bereits während des Verfahrens ein Anspruch zu.

¹⁶⁶ Etwa, wann eine Einberufung nach § 24 WEG stattfinden muss.

¹⁶⁷ So etwa *Wenzel*, ZWE 2002, 510, 512.

- 126 Dem Notverwalter steht grundsätzlich erst dann ein Vergütungsanspruch zu, wenn der gerichtliche Bestel-
lungsbeschluss rechtskräftig geworden ist. Nur wenn
das Wohnungseigentumsgericht eine Anordnung nach §
44 Abs. 3 WEG getroffen hat, und der Verwalter also
bereits mit Wirksamkeit der Anordnung tätig werden
kann, steht dem Notverwalter bereits während der Ver-
fahren nach §§ 21 Abs. 4, 26 Abs. 3 WEG ein Vergü-
tungsanspruch zu. **Streitig** ist, welche Rechtsgrundlage
jeweils den entsprechenden Anspruch trägt. *Allgemeines*

aa. H. M.

- 127 Folgt man der bislang noch h. M., steht dem Woh-
nungseigentumsverwalter ein Anspruch aus einem **ent-
geltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag** zu, §§ 675,
612 BGB¹⁶⁸. Jeder Bestelungsbeschluss, gleich ob von
der Gemeinschaft oder vom Gericht, könne so ausge-
legt werden, dass er zugleich das Angebot auf Abschluss
eines Verwaltervertrags darstellt. Durch den gerichtli-
chen Bestelungsbeschluss käme zwischen der Gemein-
schaft, vertreten durch das WEG-Gericht, und dem
Notverwalter – sofern dieser das Angebot annimmt – *Geschäftsbesorgungsvertrag*

¹⁶⁸ BGH, NJW 1980, 2466, 2468; OLG Hamm, WE 1993, 246 = NJW-
RR 1993, 845, 846; NJW 1973, 2301, 2302; Seuß, WE 1991, 3. Die
Höhe der Verwaltervergütung ist nach diesen nicht leicht festzuset-
zen; sie werde nicht nur von der Qualität und dem Umfang der Lei-
stungen des Verwalters bestimmt, sondern auch von der Objektgröße,
den jeweiligen Marktverhältnissen und der Ortsüblichkeit beeinflusst.
Für die Erfüllung von Aufgaben, die dem Verwalter über das gesetz-
liche Maß hinaus – durch Verwaltervertrag oder Mehrheitsbeschluss
– auferlegt werden, könnten außerdem Zusatzvergütungen bestimmt
werden. Die gerichtlich festgesetzte Vergütung könne jederzeit durch
Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümerversammlung zur An-
passung an das Preis-/ Kostengefüge erhöht werden.

stillschweigend auch ein Anstellungsvertrag zustande¹⁶⁹. Wie ausführlich gezeigt¹⁷⁰, ist diese Sichtweise überholt und sollte nicht mehr vertreten werden.

bb. §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB

§§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB

Die Sichtweise der h. M. ist nur auf Grundlage der Vertragstheorie verständlich und mit *Strienschke*¹⁷¹ und *Wenzel*¹⁷² aus systematischen Gründen abzulehnen. Denn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 677 BGB liegen nicht vor. Nach dieser Bestimmung liegt eine Geschäftsführung ohne Auftrag nur dann vor, wenn ein Geschäft für einen anderen besorgt wird, ohne dazu berechtigt zu sein. Der Notverwalter ist durch den gerichtlichen Bestellungsbeschluss zur Geschäftsführung aber nicht nur befugt, sondern verpflichtet¹⁷³. Ihm fehlt ein Anstellungsvertrag, nicht die Bestellung zum „Organ“ der Gemeinschaft. Der Notverwalter erhält seine Rechtsstellung wirksam und nur dadurch, dass er den gerichtlichen Bestellungsbeschluss annimmt. Durch die auf die Bestellung folgende Amtsübernahme ist er zur Amtsführung berechtigt und verpflichtet¹⁷⁴.

128

¹⁶⁹ Dieser Vergütungsanspruch soll gleichermaßen bestehen, wenn das Gericht in dem Hauptverfahren nach § 26 Abs. 3 WEG oder in einem Verfahren auf Abberufung und Neubestellung eines Verwalters rechtskräftig einen Verwalter eingesetzt hat, wenn in den genannten gerichtlichen Verfahren das Gericht durch einstweilige Anordnung mit sofortiger Wirkung nach § 44 Abs. 3 Satz 1 WEG einen Notverwalter bestellt hat oder wenn etwa in einem Beschlussanfechtungsverfahren betreffend eine Verwalterwahl ein Notverwalter durch einstweilige Anordnung eingesetzt worden ist, siehe KG, ZMR 1994, 34.

¹⁷⁰ Oben **Randnummer** 61 ff.

¹⁷¹ PiG 60, 217, 224.

¹⁷² ZWE 2001, 510, 512.

¹⁷³ Gleichwohl hat der BGH die Vorschriften der GoA angewandt, die an sich das Fehlen eines Vertrags voraussetzen.

¹⁷⁴ *Gottschalg*, in: Deckert, ETW, Juni 2002, Gr. 4, Rdnr. 1032; *Merle*, in: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 25a; *Strienschke*, ZWE 2001, 8 ff. = PiG 60, 217 ff.

cc. Andere Lösungen

- 129 Weil also eine Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundlage eines Vergütungsanspruchs ausscheidet, hat *Striewski*¹⁷⁵ erwogen, dass der vertragslose Notverwalter ebenso wie andere Organe im Verbandsrecht wenigstens einen Anspruch auf *Aufwendungsersatz* haben könnte¹⁷⁶. Seiner Meinung nach folgt dieser Anspruch aus einer Analogie zu §§ 670, 27 Abs. 3, 713 BGB. Die Rechts- und Interessenlage sei vergleichbar. Die Analogie leuchtet ein, wenn man bedenkt, dass § 26 Abs. 3 WEG sein Vorbild in § 29 BGB hatte und die für private Verbände gefundenen Lösungen übertragbar sind. Ihr Problem ist aber, dass ein bloßer *Aufwendungsersatz* keine Vergütung und damit keinen Ersatz aufgewendeter Arbeitskraft garantiert¹⁷⁷. *Andere Lösungen*
- 130 Eine gleichfalls nahe liegende Analogie zum bereits oben vorgestellten *Regelungsmodell des Aktiengesetzes* für den Notvorstand ist aus diesem Grunde überzeugender und vorzugswürdig. Die in § 85 Abs. 3 Satz 1 AktG verkör- *Eigene Lösung*

¹⁷⁵ PiG 60, 217, 225.

¹⁷⁶ Zustimmung *Wenzel*, ZWE 2001, 510, 512.

¹⁷⁷ Nach h. M. steht zwar dem *Geschäftsführer ohne Auftrag* in entsprechender Anwendung von § 1835 Abs. 3 BGB einen Vergütungsanspruch bei berufseinschlägiger oder gewerblicher Tätigkeit und damit auch ein voller Ersatz für die aufgeopferte eigene Arbeitskraft zu (BGHZ 87, 43, 50; BGH, NJW 1993, 3196; Seiler, in: MünchKomm/BGB, 3. Aufl. 1997, § 683 BGB Rdnr. 24). Für den *Beauftragten* wird diese Analogie aber ganz überwiegend abgelehnt (BGHZ 59, 328, 331; *Wittmann*, in: Staudinger, 13. Bearbeitung 1995, § 670 BGB Rdnr. 7; *Seiler*, in: MünchKomm/BGB, 3. Aufl. 1997, § 670 BGB Rdnr. 21). Seinen Grund findet diese Unterscheidung darin, dass der Geschäftsführer *freiwillig uneigennützig* tätig wird, der Beauftragte hingegen zur Durchführung des Auftrags *verpflichtet* ist und bei der Übernahme auch von der Unentgeltlichkeit weiß. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die besondere Qualifikation des Beauftragten erst im Laufe des Auftrags eine Bedeutung erlangt (*Wittmann*, in: Staudinger, 13. Bearbeitung 1995, § 670 BGB Rdnr. 7). Wie der Beauftragte weiß der gerichtlich bestellte, aber vertragslose Verwalter, dass er gerade wegen seiner Qualifikation bestellt wird. Er wird also nicht *freiwillig uneigennützig* tätig.

perte Rechtsidee ist auch übertragbar und kann zur Lösung der wohnungseigentumsrechtlichen Problematik Argumentationshilfe leisten, weil die durch § 26 Abs. 3 WEG angesprochenen Rechtsfragen dort vergleichbar auftreten¹⁷⁸ und Ausdruck eines im Gesetz angelegten Prinzips sind. Analog § 85 Abs. 3 Satz 1 AktG besitzt danach jedes gerichtlich bestellte Notorgan¹⁷⁹ bereits durch die Bestellung einen *gesetzlichen Anspruch* auf Ersatz angemessener barer Auslagen und auf Vergütung. Dass dieser Anspruch ohne Anstellungsvertrag zustande kommt, ist praktisch wichtig und aus Gründen der Sachgerechtigkeit notwendig. Man muss dabei annehmen, dass mit der Begründung der Amtsstellung des Notverwalters jenseits der möglichen Anstellung und unabhängig von ihr Rechte und Pflichten der durch die Bestellung in eine Sonderverbindung eintretenden Parteien begründet werden¹⁸⁰. Diese Sonderverbindung überwölbt gleichsam das Verhältnis der Parteien und ist z. B. die Grundlage von Schadensersatz- und gegenseitigen Treueansprüchen, aber auch Grundlage der dem Verwalter geschuldeten Vergütung. Die Gemeinschaft und subsidiär auch das Gericht können diesen Anspruch näher ausgestalten¹⁸¹, z. B. der Höhe nach. Sie begründen ihn aber nicht und können ihn jedenfalls für *gewerblich* tätige Notorgane auch nicht ausschließen¹⁸².

¹⁷⁸ Die Voraussetzungen der §§ 26 Abs. 3 WEG, 85 Abs. 1, Abs. AktG sind nahezu identisch.

¹⁷⁹ Jedenfalls soweit es wie der Vorstand einer AG *entgeltlich* tätig wird. Wird daher für eine kleine Gemeinschaft ein nichtgewerblich tätiger Notverwalter bestellt, steht diesem nur dann eine Vergütung zu, wenn die Gemeinschaft ihm diese zuspricht.

¹⁸⁰ Siehe dazu auch Häublein, ZMR 2003, 233, 236, der den Anspruch auf Anstellung aus dem „Amtsverhältnis“ (a. a. O. irrtümlich Anstellungsverhältnis genannt) herleitet.

¹⁸¹ Auch der BGH (ZMR 2002, 930 ff.) spricht davon, dass der Verwaltervertrag lediglich der *Ausgestaltung der Rechtsposition* des Verwalters dient.

¹⁸² Wie hier im Ergebnis OLG Hamm, NJW-RR 1993, 845: Nach dem OLG Hamm steht der Vergütung des Notverwalters nicht entgegen, dass in der Teilungserklärung bestimmt ist, der Verwalter erhalte für seine Tätigkeit keine Vergütung. Dass ist nur dann verständlich, wenn der Anspruch auf Vergütung *gesetzliche Folge* der Bestellung ist.

- 131 Ein anderer Weg wäre es, §§ 684 Satz 1, 812 ff. BGB anzuwenden oder mit **Merle**¹⁸³ einen Anspruch nach den Grundsätzen über fehlerhafte Anstellungsverträge zu suchen. *Weitere Wege*

dd. Vor Rechtskraft

- 132 **Vor Rechtskraft** des Bestellungsbeschlusses hat der Wohnungseigentumsverwalter einen Anspruch auf Vergütung aus Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB¹⁸⁴. Denn solange der Bestellungsbeschluss nicht wirksam ist, ist der Notverwalter zu einer Geschäftsführung nicht im Sinne von § 677 BGB berechtigt. Problematisch ist hier auch nicht der Fremdgeschäftsführungswille, weil der Verwalter vor Wirksamkeit des Bestellungsbeschlusses um das (*noch*) **fremde Geschäft** weiß. Ein evt. entgegenstehender Wille eines oder mehrerer Wohnungseigentümer ist nach § 679 BGB unbeachtlich. Die Erfüllung der Notverwaltung durch den Verwalter liegt regelmäßig im öffentlichen Interesse. *Vor Rechtskraft: GoA*

b. Höhe

aa. Das Gericht hat eine Bestimmung getroffen

- 133 Hat das Gericht zu Unrecht eine bestimmte Vergütungsregelung getroffen, richtet sich die Anspruchshöhe nach dieser Bestimmung. *Beschluss*

bb. Das Gericht hat keine Bestimmung getroffen

(1) H. M.

- 134 Hat das Gericht keine Vergütungsbestimmung getroffen, hat der gerichtlich eingesetzte Verwalter nach h. M. einen **Anspruch auf die übliche Vergütung**¹⁸⁵. Diese *h. M.*

¹⁸³ In: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 230.

¹⁸⁴ Siehe BGH, NJW-RR 1989, 970; BayObLG, NJW-RR 1992, 787; KG, NJW 1994, 138; Seuß, WE 1991, 3; Gottschalg, WE 1998, 242, 245.

¹⁸⁵ Zum Begriff BGH, NJW-RR 1989, 970 = ZMR 1989, 265 = WE 1989, 196 unter Hinweis auf BGHZ 65, 384, 390; NJW 1971, 609, 612.

kann die der dem bisherigen Verwalter vertraglich zugesagten Vergütung entsprechen¹⁸⁶. Sie kann im Einzelfall aber auch höher sein. Entscheidend ist, welche Zahlungen für die konkrete Wohnungseigentümergeinschaft nach der Marktlage für einen Verwalter und für dessen zu erbringende Leistungen regelmäßig entrichtet würden.

(2) Eigene Ansicht

gesetzlicher Vergütungsanspruch

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, besitzt der Notverwalter¹⁸⁷ hingegen analog § 85 Abs. 3 Satz 1 AktG einen *gesetzlichen Vergütungsanspruch*, der auf dem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis basiert¹⁸⁸. 135

Um diesen Anspruch durchzusetzen, muss der Notverwalter zunächst versuchen, sich mit der Gemeinschaft nach der Bestellung – oder ggf. bereits parallel zu dieser – auf die Höhe der Vergütung zu verständigen. Denn eine gerichtliche Festsetzung setzt nach der § 85 Abs. 3 AktG zu Grunde liegenden – überzeugenden – Systematik und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit stets voraus, dass der Versuch einer autonomen Gestaltung erfolglos geblieben ist. Erst wenn sich Notverwalter und Gemeinschaft nicht auf die angemessene Höhe der Vergütung einigen, kann das Gericht den Umfang in einem Streitverfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG¹⁸⁹ auf Antrag bestimmen. 136

Kann der Antragsteller darlegen, dass sich die Gemeinschaft voraussichtlich nicht auf eine Anstellung verständigen werden kann, sollte das Streitverfahren auf gerichtliche Bestimmung der Vergütungshöhe – wie unter III. 2. dargelegt – im Wege objektiver Antragshäufung neben das Fürsorgeverfahren auf Bestellung treten. 137

¹⁸⁶ Siehe dazu KG, OLGZ 1994, 277 = NJW 1994, 138 = ZMR 1994, 33.

¹⁸⁷ Wie jedes Notorgan.

¹⁸⁸ A. A. *Wenzel*, ZWE 2001, 510, 12 und *Strienschki*, ZWE 2001, 8, 11. *Wenzel* geht davon aus, dass der Anspruch auf Vergütung nur im Verwaltervertrag enthalten sein könne.

¹⁸⁹ So auch *Häublein*, ZMR 2003, 233, 236.

- 138 Die *Höhe der Vergütung* kann das Gericht nach billigem Ermessen festsetzen. Soweit nicht auf Zustimmung zu einer bestimmten Vergütung geklagt wird, wird sich die Höhe nach dem Üblichen bemessen. Eine aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgende Ermessensreduzierung in dem Sinne, dass nur eine Vergütung, die sich an der unteren Grenze der üblichen Sätze bewegt, ermessensfehlerfrei wäre, ist dabei nicht anzunehmen: Ist die Gemeinschaft mit der Bestimmung des Gerichts nicht einverstanden, kann sie einen anderen Verwalter zu günstigeren Konditionen bestellen. Ihr Selbstbestimmungsrecht wird durch die Gerichtsentscheidung nicht verletzt¹⁹⁰.

Höhe der Vergütung

c. Im Falle einer GoA

- 139 Nur im Falle einer Geschäftsführung ohne Auftrag hat der Verwalter für von ihm erbrachte Leistungen einen Anspruch auf die „**übliche Vergütung**“, §§ 677 ff., 683 S. 1 BGB¹⁹¹.
- 140 Für die **Fälligkeit der Vergütung** gilt hier mangels besonderer Vereinbarung § 614 BGB, wobei streitig ist, ob Satz 1 oder Satz 2 einschlägig ist.
- 141 Richtiger Ansicht nach ist § 614 S. 2 BGB anzuwenden. Die Jahresvergütung des Verwalters ist daher in monatlichen Abschlagszahlungen zum Monatsende fällig zu stellen¹⁹².

GoA

§ 614 S. 2 BGB

d. Ende des Vergütungsanspruchs

- 142 Dem Notverwalter steht so lange ein Vergütungsanspruch zu, wie die Tätigkeit von ihm ausgeübt wird. Auch wenn die Dauer der Verwaltungstätigkeit nicht mit den vollen Kalendermonaten übereinstimmt, besteht ein Anspruch auf die Bezahlung für einen jeweils

Ende des Vergütungsanspruchs

¹⁹⁰ A. A. Hänblein, ZMR 2003, 233, 236.

¹⁹¹ BGH, NJW-RR 1989, 970 = ZMR 1989, 265.

¹⁹² So zu Recht Bub, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 26 WEG Rdnr. 279.

vollen Monat, es sei denn, es wurde in diesem Monat keine Tätigkeit mehr verrichtet.

4. Laufende Verfahren

Laufende Verfahren

Der Wechsel des verfahrensbevollmächtigten Wohnungseigentumsverwalters im Erkenntnisverfahren hat auf laufende gerichtliche Verfahren (zunächst) **keinen Einfluss**¹⁹³. Das Vertretungsrecht des alten Wohnungseigentumsverwalters endet nicht mit seinem Ausscheiden aus dem Amt, sondern erst dann, wenn die Eigentümer seine Verfahrensvollmacht **im Außenverhältnis** widerrufen¹⁹⁴. Das bedeutet, dass der alte Wohnungseigentumsverwalter das Verfahren fortzusetzen hat. 143

In Verfahren eintreten

Der Notverwalter muss daher in laufende Gerichtsverfahren **ausdrücklich als neuer Verfahrensbevollmächtigter** bzw. **als Verfahrensstandschafter** eintreten¹⁹⁵. Lehnt der Notverwalter einen Verfahrenseintritt ab, oder bevollmächtigt ihn das Gericht oder die Gemeinschaft nicht zur Verfahrensführung, kann es die Aufgabe des Notverwalters sein, die Verfahrensführung des alten Verwalters zu **kontrollieren** und die Gemeinschaft darüber zu **informieren**. 144

a. Verfahrensvollmacht

Verfahrensvollmacht

Wechselt der zur Verfahrensführung bevollmächtigte Wohnungseigentumsverwalter im laufenden Verfahren, nimmt die Rechtsprechung **bislang**¹⁹⁶ an, dass eine dem Vorgänger durch Beschluss oder durch eine Vereinbarung erteilte Verfahrensvollmacht – etwa für die Geltendmachung von Wohngeldansprüchen – für jeden Wohnungseigentumsverwalter, **nicht** nur für den ersten 145

¹⁹³ OLG Düsseldorf, WuM 2002, 283; BayObLG, WuM 1997, 297; KG, NJW-RR 1991, 1363 = WuM 1991, 415 = WE 1992, 154; NJW-RR 1989, 657.

¹⁹⁴ BayObLG, WuM 1999, 189 = GE 1999, 781; siehe zum Ganzen Müller, DWE 1988, 9, 13.

¹⁹⁵ Siehe dazu auch **Randnummer** 146 ff.

¹⁹⁶ Siehe jetzt aber zu Recht KG, WuM 2001, 627.

Wohnungseigentumsverwalter gilt¹⁹⁷. Eine ausdrückliche Bevollmächtigung für den neuen Wohnungseigentumsverwalter sei überflüssig.

b. Verfahrensstandschaft

- 146 Anders als bei erteilter Verfahrensvollmacht, kann bei einem Wechsel im Verwalteramt der **neue Verwalter** das laufende Verfahren nicht ohne weiteres fortführen. Denn als Verfahrensstandschafter ist der **alte Verwalter** selbst formal Beteiligter. Die Verfahrensfortführung des **alten Verwalters** ist entsprechend § 265 Abs. 2 ZPO gedeckt¹⁹⁸. *Verfahrensstandschaft*
- 147 Eine Fortführung des Verfahrens durch Notverwalter kommt nur als **gewillkürter Beteiligtenwechsel** analog §§ 263 ff. ZPO in Betracht¹⁹⁹. Das setzt voraus, dass *gewillkürte Beteiligtenwechsel*
- der alte Verwalter dem Wechsel **zustimmt** und
 - der Beteiligtenwechsel **sachdienlich**²⁰⁰ ist oder der Antragsgegner dem Wechsel zustimmt²⁰¹.

¹⁹⁷ BayObLG, WE 1997, 395, 396 = FGPrax 1997, 19; KG, NJW-RR 1991, 1363; 1989, 657; a. A. für den Notverwalter KG, WuM 2001, 627 = ZWE 2001, 496 = FGPrax 2001, 225.

¹⁹⁸ OLG Düsseldorf, WuM 2000, 322 = NJW-RR 2000, 1180 = ZMR 2000, 397 = ZWE 2000, 190. Zu § 265 ZPO siehe außerdem BGH, NJW 2001, 3339. Streitig war dort, ob die Veräußerung des Wohnungseigentums nach Einleitung des Anfechtungsverfahrens die aktive oder die passive Verfahrensführungsbefugnis entfallen lässt. Der BGH hat das verneint. Er ließ offen, ob dies aus dem Fortbestehen der materiell-rechtlichen Sachlegitimation oder aus der entsprechenden Anwendung des § 265 Abs. 2 ZPO herzuleiten ist.

¹⁹⁹ Vgl. BayObLG, ZMR 2000, 43 = NZM 2000, 307; WE 1986, 104, 106; siehe auch KG, NJW-RR 1991, 1363 = WuM 1991, 415 = WE 1992, 154.

²⁰⁰ Die erforderliche Sachdienlichkeit ist regelmäßig anzunehmen, BayObLG, FGPrax 1997, 19; Bub, in: Staudinger, 12. Aufl. 1997, § 27 WEG Rdnr. 311.

²⁰¹ Eine Zustimmung des Antragsgegners hält das BayObLG, ZMR 2000, 111 = NZM 2000, 298 = ZWE 2000, 470 WE 2000, 78 auch

- Ort der Ermächtigung* Die Verfahrensstandschaft für den neuen Verwalter entnimmt die Rechtsprechung²⁰² der „**Ermächtigung**“ des alten Wohnungseigentumsverwalters. 148
- 5. Ende**
- Allgemeines* Die Amtszeit eines vom Gericht bestellten „Notorgans“ wird häufiger als eine „vorübergehende Lösung“ verstanden. Eine solche Befristung gibt es von Gesetzes wegen nicht. Die Amtszeit eines Notverwalters endet daher wie bei jedem anderen Verwalter. 149
- a. Abberufung durch Gericht**
- Gerichtsbeschluss* Das Gericht kann den Notverwalter zum einen durch Beschluss wieder abberufen. 150
- b. Neuwahl**
- aa. Die Gemeinschaft bestellt neuen Verwalter**
- Neuwahl* Die Amtszeit des Notverwalters endet außerdem, wenn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer den Notverwalter durch Mehrheitsbeschluss nach § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG abberuft und einen Dritten zum Wohnungseigentumsverwalter wählt. Wird diese Wahl angefochten, kann das Gericht bei Bedarf im Wege einstweiliger Anordnung erneut einen – ggf. denselben – Notverwalter nach § 44 Abs. 3 WEG bestellen. 151
- bb. Die Gemeinschaft bestellt keinen Verwalter**
- Merle, Bub und Gottschalg* **Merle**²⁰³, **Bub**²⁰⁴ und **Gottschalg**²⁰⁵ sind der Ansicht, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sei nicht 152

im Beschwerdeverfahren für nicht erforderlich; a. A. BayObLG, ZMR 2000, 43 = NZM 2000, 307; siehe ferner BayObLG, ZMR 1997, 42 ff.; KG, NJW-RR 1991, 1363.

²⁰² BayObLG, ZMR 1997, 42, 43; KG, NJW-RR 1991, 1363 = WuM 1991, 415 = WE 1992, 154. Zustimmend Wenzel, Der Fachverwalter, Erste Fachverwaltertagung 1996, Schriftenreihe des Bundesverbandes der Wohnungseigentumsverwalter eV, S. 116.

²⁰³ In: Bärman/Pick/Merle, 9. Aufl. 2003, § 26 WEG Rdnr. 250.

²⁰⁴ In: Staudinger, 12. Bearbeitung 1997, § 26 WEG Rdnr. 506.

berechtigt, den gerichtlich bestellten Notverwalter abzurufen, ohne gleichzeitig einen **neuen Verwalter zu benennen**.

- 153 Ein derartiges Erfordernis eines „konstruktiven Misstrauensvotums“ wäre prozessökonomisch, lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen²⁰⁶. Es widerspräche auch dem allgemein anerkannten **Grundsatz**, dass ein Notverwalter einem **gewählten Verwalter gleich steht**. Ein konstruktives Misstrauensvotums würde allerdings einen möglichen „Kreislauf“ zwischen gerichtlicher Bestellung und Abwahl durch die Gemeinschaft durchbrechen und der Rechtslage bei § 44 Abs. 3 WEG entsprechen: Denn der für die Dauer eines gerichtlichen Verfahrens im Wege einstweiliger Anordnung gem. § 44 Abs. 3 WEG bestellte Notverwalter kann nicht durch einen Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer abberufen werden²⁰⁷. Ein solcher Beschluss wäre nach h. M. nichtig, weil er zu Unrecht einen staatlichen Hoheitsakt außer Kraft setzen würde. Die Amtszeit des nach § 44 Abs. 3 WEG bestellten Notverwalters endet daher erst mit dem Ende des Hauptverfahrens, es sei denn, das Gericht träge eine abweichende Anordnung.

eigene Ansicht

Das Gericht kann die **Abberufung** des Notverwalters allerdings unter Achtung der **Privatautonomie der Gemeinschaft** nach § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG auf das Vorliegen eines **wichtigen Grundes beschränken**. Durch diese Beschränkung kann einerseits verhindert werden, dass der Notverwalter ohne weiteres von der Mehrheit der Gemeinschaft abgewählt wird²⁰⁸, ohne dass die Gemeinschaft zugleich einen anderen zum

²⁰⁵ WE 1998, 242, 246.

²⁰⁶ Merle, in: Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, S. 88, versucht allerdings dem Tatbestandsmerkmal „bis zu Behebung des Mangels“ diese Wirkung zu entnehmen. Das überzeugt nicht. Denn § 26 Abs. 3 WEG will von seinem Regelungszweck nur bestimmen, wann das Gericht anstelle der Eigentümer tätig werden kann. Er trifft aber keine Vorschriften über die Frage, was gilt, wenn das Gericht bereits tätig geworden ist.

²⁰⁷ KG, WE 1989, 208 = OLGZ 1989, 435; OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 612.

²⁰⁸ Zum Problem siehe noch **Randnummer** 151 ff.

Verwalter bestimmt. Sie erlegt aber andererseits der Willensbildung der Gemeinschaft nicht unnötig Schranken auf.

c. Zeitablauf

*Gerichtliche Bestimmung oder § 26 I
1 WEG*

Das Amt des Notverwalters endet in zwei Fällen durch Zeitablauf. Zum einen kann das Gericht die Bestellung von vornherein für eine bestimmte Zeitspanne vorgesehen haben²⁰⁹. Zum anderen endet die Bestellung gem. § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG nach fünf Jahren²¹⁰. 154

6. Aufhebung einer eA nach § 44 Abs. 3 WEG

*Aufhebung einer eA nach § 44 Abs.
3 WEG*

Wird ein Verwalter auf Grund einer einstweiligen Anordnung bereits vor der Wirksamkeit des gerichtlichen Bestellungsbeschlusses für die Gemeinschaft tätig – z. B. für die Einberufung und Leitung einer Eigentümerversammlung – und wird die einstweilige Anordnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben, hat dies auf die Rechtshandlungen des Notverwalters keinen Einfluss, § 32 FGG²¹¹. 155

²⁰⁹ Siehe dazu oben **Randnummer** 34 ff.

²¹⁰ BayObLG, NJW-RR 1989, 461, 462. Das Gesetz begegnet damit der früheren Praxis aufteilender Bauträger, den ersten Verwalter unwiderruflich auf Jahrzehnte einzusetzen.

²¹¹ BayObLG, NJW-RR 1992, 787, 788.