

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 9b, 12, 26 – Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum; Verwalternachweis; Unzulässigkeit der Ermächtigung des Beirats zur Verwalterbestellung

WEG §§ 31, 32, 39 – Dauernutzungsrecht; Eintragung; Fortbestehensvereinbarung; Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung

BGB §§ 164, 168; GBO §§ 35, 39, 40 – Grundstücksveräußerung unter Einsatz einer transmittalen Vollmacht; Voreintragungsgrundsatz; Grundbuchberichtigung; Erbnachweis

Rechtsprechung

BGB §§ 138 Abs. 1, 1408 Abs. 1, 1414 – Wirksamkeit der Gütertrennung bei Unternehmerehe

ErbStG §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1 Nr. 4a; BGB §§ 705 ff. – Schenkungsteuerfreiheit der Übertragung eines Familienheims an eine Ehegatten-GbR

BGB § 707 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 59 – Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister; Umgang mit unbekanntem Erben eines verstorbenen Gesellschafters im Eintragsverfahren

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 9b, 12, 26

Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum; Verwalternachweis; Unzulässigkeit der Ermächtigung des Beirats zur Verwalterbestellung

I. Sachverhalt

Es wird die Verwalterzustimmung zu einem Wohnungskauf erteilt. Als Nachweis betreffend die Verwalterbestellung wird das Protokoll einer

Eigentümerversammlung sowie ein als „Verwaltervollmacht“ bezeichnetes Dokument vorgelegt. Im Protokoll heißt es:

„Die Eigentümer beschließen einstimmig, dass der Beirat sich mit beiden Anbietern trifft, um offene Fragen zu klären und anschließend eine der beiden Verwaltungen beauftragt.“

Der Aspekt, ob die Dokumente in *grundbuchtauglicher Form* vorliegen oder beschafft werden könnten, d. h. die Wahrung der grundbuchverfahrensrechtlichen Formanforderungen (§ 29 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 GBO, § 26 Abs. 4 WEG), ist hier nicht von Interesse.

II. Fragen

1. Kann dem Beirat die Auswahl zwischen zwei Verwaltern übertragen werden?
2. Kann die Bestellung rückwirkend wiederholt werden?
3. Wenn nicht, muss dann die Zustimmung erneut abgegeben werden?

III. Zur Rechtslage

1. Zuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) für die Erteilung der Zustimmung i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG

Sieht eine Teilungserklärung (genauer gesagt: Gemeinschaftsordnung) vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, so ist der Zustimmungsvorbehalt seit dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes (WEMoG) am 1.12.2020 regelmäßig dahingehend auszulegen, dass die GdWE zustimmungsberechtigt ist. Dem Verwalter steht hingegen nicht – auch nicht als Treuhänder – ein eigenes Zustimmungsrecht zu; denn der Zustimmungsvorbehalt ist nunmehr i. d. R. dahingehend zu verstehen, dass der Verwalter insoweit lediglich als Organ der GdWE angesprochen wird. Dies gilt auch dann, wenn der Zustimmungsvorbehalt vor dem Inkrafttreten des WEMoG begründet wurde (vgl. BGH NJW 2023, 3654 Rn. 7 ff.; Gutachten DNotI-Report 2025, 82 ff.).

2. Organschaftliche Vertretung der GdWE: Organ versus Organwalter

Nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG wird die GdWE grundsätzlich durch den Verwalter gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Begriff des „Verwalters“ meint an dieser Stelle des Gesetzes das für die Vertretung zuständige Organ in Kompetenzabgrenzung zu anderen Organen der GdWE (z. B. der Eigentümerversammlung als „internes“ Willensbildungsorgan; vgl. Gutachten DNotI-Report 2025, 82 ff.; Bärmann/Pick/Emmerich, WEG, 21. Aufl. 2025, § 18 Rn. 23).

a) Bestimmung des Organwalters mittels Beschlusses der Wohnungseigentümer

Nach § 26 Abs. 1 WEG beschließen die Wohnungseigentümer über die Bestellung und Abberufung des Verwalters. An dieser Stelle des Gesetzes ist mit dem Begriff des „Verwalters“ jene konkrete Person gemeint, die das abstrakte

Organ „Verwalter“ personell ausfüllt, mithin die Bestellung bzw. die Abberufung des konkreten Organwalters.

Eine **Delegation der Bestellbefugnis** ist **nicht möglich** (vgl. § 26 Abs. 5 WEG). Vielmehr müssen die Wohnungseigentümer selbst die Entscheidung betreffend die Auswahl des Verwalters (Organwalters) treffen. Ein Beschluss, mit dem die Bestellung des Verwalters einem Dritten (beispielsweise dem Verwaltungsbeirat) übertragen wird, ist nichtig (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.9.2025, § 26 Rn. 46; Müller/Fichtner, Wohnungseigentum, 7. Aufl. 2022, § 12 Rn. 100; Bärmann/Becker, WEG, 16. Aufl. 2025, § 29 Rn. 95; Hügel/Grüner, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 60; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 26 Rn. 116; BeckOK-WEG/Elzer, Std.: 1.10.2025, § 26 Rn. 112; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 2004, Teil 7, Abschn. B.II., Rn. 889).

So führt beispielsweise das **KG** aus:

„Über die Bestellung des Verwalters haben die Wohnungseigentümer durch Beschluss zu entscheiden, § 26 Abs. 1 S. 1 WEG. [...] In den Grundakten befindet sich lediglich ein Protokoll über die Eigentümersammlung vom 18.12.2007, in der aber ein Beschluss über die Bestellung des F.-M. H. gerade nicht getroffen worden war. Vielmehr wurden der Verwaltungsbeirat und der damalige Verwalter beauftragt, die Auswahl zwischen mehreren Angeboten zu treffen. Die Übertragung der Befugnis zur Bestellung des sodann ausgewählten Bewerbers war damit nicht verbunden. Sie wäre im Übrigen auch nichtig, §§ 26 Abs. 1 S. 4 WEG, 134 BGB (Bub, in: Staudinger, BGB, 2005, § 26 WEG, Rdn. 14, § 29, Rdn. 122).“

(KG ZWE 2012, 426)

b) Zwischenergebnis

Der mitgeteilte Sachverhalt deutet darauf hin, dass ein Beschluss der Wohnungseigentümer über die Bestellung eines konkreten Organwalters wohl nicht stattfand, und zwar auch nicht nach Beauftragung des Beirats zur Sondierung der Angebote. Hierbei handelt es sich freilich um eine Tatfrage, die das DNotI nicht abschließend beurteilen kann.

Die (Auslegungs-)Frage, ob in dem Beschluss, wonach „der Beirat sich mit beiden Anbietern trifft,

um offene Fragen zu klären und anschließend eine der beiden Verwaltungen beauftragt“, nicht lediglich die Beauftragung zum finalen Aushandeln der Bedingungen des zivilrechtlichen Verwaltervertrages liegt (zur herrschenden, wenn auch nicht unumstrittenen sog. Trennungstheorie vgl. Bärmann/Becker, § 26 Rn. 30-35), sondern hiermit auch eine Ermächtigung zur Verwalterbestellung verbunden sein sollte, kann hingegen dahinstehen, da ein solcher Ermächtigungsbeschluss nichtig wäre.

Auf der Grundlage des mitgeteilten Sachverhalts ist davon auszugehen, dass die **GdWE derzeit verwalterlos** ist.

3. Rechtsgeschäftliche Vertretung der GdWE

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt wurde eine „Verwaltervollmacht“ erteilt. Dem mitgeteilten Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, wann und durch wen diese Vollmacht erteilt wurde. Wir vermuten allerdings, dass es sich hierbei um eine rechtsgeschäftliche Vollmacht oder um eine Vollmachtsbescheinigung i. S. v. § 27 Abs. 6 WEG a. F. handelt, die im Rahmen des zivilrechtlichen Verwaltervertrages erteilt wurde (zum rechtshistorischen Hintergrund solcher Vollmachten vgl. Hügel/Müller, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 200; BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.4.2020, § 27 Rn. 122-127, § 26 Rn. 71-71.1, vgl. exemplarisch Carl Mang, in: Vertragsformulare Premium, Std.: 1.6.2025, Ziff. 1.1.7.2 (Verwaltervertrag nebst Verwaltervollmacht); Rüscher, in: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 5. Aufl. 2022, Form. J. IV. Anm. 1-4). Bei lebensnahe Verständnis des mitgeteilten Sachverhalts gehen wir daher davon aus, dass die Vollmacht von dem im Rahmen der Eigentümerversammlung beauftragten „Beirat“ erteilt wurde.

a) Vertretungsmacht des Beiratsvorsitzenden oder eines durch Beschluss dazu ermächtigten Wohnungseigentümers gem. § 9b Abs. 2 WEG

Dem Verwalter gegenüber vertritt die GdWE der Vorsitzende des Verwaltungsbeirats oder ein durch Beschluss dazu ermächtigter Wohnungseigentümer, § 9b Abs. 2 WEG.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm besteht die **Vertretungsmacht indes nur gegenüber dem (bestellten) Verwalter, nicht jedoch gegenüber einem Nicht-Verwalter** (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 24). Dies folgt bereits aus dem Normzweck des § 9b Abs. 2 WEG. Die Bestim-

mung dient dazu, den Abschluss von Verträgen zwischen der GdWE einerseits und dem Verwalter (genauer gesagt: dem Organwalter) bzw. von Rechtsgeschäften der GdWE gegenüber dem Verwalter (genauer gesagt: dem Organwalter) zu ermöglichen, welcher dem Verwalter wegen des Verbots des Insichgeschäfts gem. § 181 Alt. 1 BGB sonst nicht möglich wäre (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 23; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 220 ff.; dieselben, Wohnungseigentumsrecht, Rn. 11.36). Ein Insichgeschäft liegt allerdings nicht vor, wenn jene Person, mit bzw. gegenüber der die GdWE ein Rechtsgeschäft vornehmen möchte, überhaupt nicht Verwalter i. S. v. § 9b Abs. 1 S. 1 WEG ist.

Die Frage, ob die Vertretungsmacht gem. § 9 Abs. 2 WEG bereits dann eingreift, sobald ein Bestellungsbeschluss i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG wirksam gefasst worden ist, aber der Bestellungsakt erst mit Wirkung für die Zukunft gelten soll („Bestellung zum Verwalter mit Wirkung zum ...“), bedarf hier keiner Entscheidung (ablehnend AG Hamburg-Blankenese BeckRS 2024, 37111 Rn. 13, unter Hinweis darauf, dass der noch amtierende „alte“ Verwalter den Vertrag mit dem neuen Verwalter habe abschließen müssen), da vorliegend ein Beschluss i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG wohl nicht gefasst wurde.

Ausgehend davon, dass eine Bestellung i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG nicht stattfand, scheidet u. E. eine Vertretungsmacht des Beiratsvorsitzenden oder eines ermächtigten Wohnungseigentümers aus § 9b Abs. 2 WEG aus, sodass eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zugunsten des (Nicht-)Verwalters nicht begründet wurde.

Nur der Vollständigkeit halber sei Folgendes angemerkt: Neben der gesetzlichen Vertretungsmacht gem. § 9b Abs. 2 WEG käme noch in Betracht, dass der Beirat seinerseits aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht die Verwaltervollmacht erteilt, also dem (Nicht-)Verwalter eine Untervollmacht eingeräumt hat. Die wirksame Erteilung einer Hauptvollmacht durch die GdWE würde indes eine allseitige Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer i. S. v. § 9b Abs. 1 S. 2 WEG voraussetzen. Für eine solche allseitige Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer bietet der mitgeteilte Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte; ein schlichter Mehrheitsbeschluss genügt – nach der bewussten Entscheidung des WEMoG-Gesetzgebers – für

die Vertretung einer verwalterlosen Gemeinschaft nicht (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 15; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 235, 236, 242; dieselben, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2025, Rn. 11.27: auch Gesamtvertreterermächtigung durch Mehrheitsbeschluss nicht möglich). Überdies würde sich mit Blick auf eine dem beauftragten Beirat erteilte Hauptvollmacht die Frage aufdrängen, ob diese nicht gem. §§ 133, 157, 242 BGB regelmäßig dahingehend auszulegen ist, dass der Beirat nur dem Verwalter (genauer gesagt: Organwalter) der GdWE, aber gerade nicht einen Nicht-Verwalter eine entsprechende „Verwaltervollmacht“ erteilen kann. Sofern also nicht hinreichend in der Haupt- sowie in der Untervollmacht jeweils zum Ausdruck kommt, dass die jeweilige Vollmachtserteilung auch zur Bevollmächtigung eines Nicht-Verwalters dienen soll, wäre die „Verwaltervollmacht“ bereits wegen dieser Auslegungsfrage praktisch untauglich (insbesondere mit Blick auf die Notwendigkeit eines grundbuchtauglichen Vollmachtsnachweises).

b) Vertretungsnachweis i. S. v. § 27 Abs. 6 WEG a.F.

Die gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters gem. § 27 Abs. 3 WEG a. F. war beschränkt und deckte eine Vielzahl von Rechtsgeschäften, die mit einer Verwaltung typischerweise verbunden sind, nicht ab. In der Praxis beruhte die Vertretungsmacht des Verwalters daher vielfach auf legitimierenden Beschlüssen der Gemeinschaft (vgl. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG a. F.) oder rechtsgeschäftlich erteilten Vollmachten. Nach § 27 Abs. 6 WEG a. F. konnte der Verwalter – um seine Vertretungsmacht im Rechtsverkehr nachweisen zu können – von den Wohnungseigentümern die Ausstellung einer Vollmachts- und Ermächtigungsurkunde verlangen, aus der der Umfang seiner Vertretungsmacht ersichtlich war. Es entsprach dabei einer gängigen Praxis, dass die Wohnungseigentümer mittels eines Beschlusses i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 3 WEG a.F. einen oder mehrere von ihnen mit der Vertretung des Verbandes, d. h. mit der Unterzeichnung der Vollmachts- und Ermächtigungsurkunde beauftragten (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 27 Rn. 122-127).

Selbst dann, wenn die hier in Rede stehende (und wohl gescheiterte) Verwalterbestellung vor dem Inkrafttreten des WEMoG erfolgt sein sollte, erscheint es fernliegend, dass hier der (Nicht-)Verwalter aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Ver-

tretungsmacht die GdWE bei der Erteilung der Zustimmung i. S. v. § 12 WEG vertreten kann. Die Annahme, eine entsprechende Vollmacht sei erteilt worden, erscheint deshalb fernliegend, weil nach vormaligem dogmatischem Verständnis ein Verwalter bei der Zustimmung gerade nicht namens der GdWE handelte, sondern im eigenen Namen als „Treuhandler“ für die Wohnungseigentümer. Demzufolge *konnte* (nicht notwendigerweise *durfte*) ein wirksam bestellter Verwalter die Zustimmung auch ohne Vollmacht erteilen. Nach vormaligem Rechtsverständnis bestand mithin überhaupt kein Anlass, dem (vermeintlichen) Verwalter namens der GdWE eine Vollmacht zur Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG zu erteilen. Wir gehen daher davon aus, dass eine entsprechende Vollmacht nicht erteilt wurde. Letztlich handelt es sich aber auch hierbei um eine Tatfrage, die wir – nicht zuletzt mangels Kenntnis des genauen Inhalts der Vollmacht – nicht beurteilen können.

Aus praktischer Sicht kann die Tatfrage dahinstehen, weil sich auch dann die o.g. Auslegungsfrage stellen würde, sofern nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, dass die „Verwaltervollmacht“ auch für einen Nicht-Verwalter gelten soll.

Jedenfalls erscheint uns eine Ermächtigung i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG a. F. ausgeschlossen, weil eine solche Ermächtigung (die nach vormalig herrschendem Verständnis als gesetzliche bzw. organschaftliche Vertretungsmacht begriffen wurde, vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.4.2020, § 27 Rn. 106) nur gegenüber einem *Verwalter*, nicht aber gegenüber einem *Nicht-Verwalter* in Betracht kommt.

Nach alledem gehen wir davon aus, dass der (Nicht-)Verwalter die GdWE vorliegend auch nicht aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht (oder aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG a.F.) bei Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG vertreten kann.

4. Keine Rückwirkung eines Beststellungsbeschlusses

Die Bestellung eines Verwalters i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG mit zeitlicher Rückwirkung ist nicht möglich (vgl. Gutachten DNotI-Report 2006, 62; Hügel/Elzer, § 26 Rn. 10; BeckOK-WEG/Elzer, § 26 Rn. 10; Fuhrländer/Füllbeck/de Iaco, WEG-Verwaltung-HdB, 2022, § 4 Rn. 303; Schneider, Wohnungseigentumsrecht, 2017, Kap. I. Rn. 43).

Sollte gleichwohl ein rückwirkender Beschluss gefasst werden, so wäre nach unserem Dafürhalten die Bestellung zum Verwalter allerdings nicht insgesamt unwirksam, sondern würde lediglich – dem Rechtsgedanken des § 139 Hs. 2 BGB entsprechend – *ex nunc* gelten (vgl. Schneider, Rn. 43; DNotI-Abrufgutachten Nr. 193990).

Sinnvollerweise ist vorliegend die Zustimmung nach wirksamer Verwalterbestellung zu wiederholen (die Frage, ob die durch einen Nichtberechtigten erteilte Zustimmung i. S. v. § 12 WEG nachträglich genehmigt werden kann oder insoweit § 180 S. 1 BGB anwendbar wäre, stellt sich dann nicht).

5. Ergebnis

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer dürfte derzeit verwalterlos sein, sodass die Vertretung gem. § 9b Abs. 1 S. 2 WEG durch die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich zu erfolgen hat. Eine rückwirkende Verwalterbestellung ist nicht möglich. Es erscheint sinnvoll, nach einer wirksamen Verwalterbestellung die Zustimmung i. S. v. § 12 WEG zu wiederholen.