

Simplex Sigillum Veri

Festschrift für Wolfgang Krüger zum 70. Geburtstag

Bearbeitet von
Christian Hertel, Prof. Dr. Stephan Lorenz, Christina Stresemann

1. Auflage 2017. Buch. XIII, 567 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 71462 7
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 1083 g

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Vorab bemerkt, erweist sich der Vorwurf hier als ein *zweischneidiges* Schwert: Wer das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines „berechtigten Interesses“ in § 95 Abs. 1 BGB mit dem Gebot sachenrechtlicher Klarheit für unvereinbar hält, tritt damit im Ergebnis einer Einschränkung der Vorschrift entgegen und verhindert damit eine weitergehende Erhaltung des Akzessionsprinzips; er erreicht also das Gegenteil des von ihm Angestrebten. Damit ist freilich noch nicht gesagt, wie sich das Erfordernis eines berechtigten Interesses *positiv* rechtfertigen lässt.

Meines Erachtens bieten schon die Ausführungen des V. Zivilsenats die entscheidenden Anknüpfungspunkte durch den Hinweis auf die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.⁴⁷ Die Gesetzesverfasser hielten eine Einschränkung des Akzessionsprinzips für geboten, weil und soweit sonst eine „ungerechtfertigte Verletzung erheblicher Interessen“ drohe. Sachlich bedeutet das nichts anderes als das vom V. Zivilsenat angestrebte Ziel eines Schutzes *berechtigter Interessen*. Durch dieses Postulat begrenzt der Senat die vom Gesetzgeber für nötig erachtete Einschränkung des Akzessionsprinzips *auf das danach gebotene Mindestmaß*. Fehlt ein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung bzw. der Wiederherstellung der rechtlichen Selbstständigkeit der verbundenen Sache, so droht dem Verbindenden durch die strikte Beachtung des Akzessionsprinzips keine „ungerechtfertigte Verletzung erheblicher Interessen“, und damit entfällt *insoweit* der gesetzgeberische Grund für die Einschränkung dieses Prinzips sowie der Publizität und des Verkehrsschutzes. Das erklärt und rechtfertigt die Einschränkung. Ob man das Postulat eines „berechtigten Interesses“ dem Gesetz als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal noch im Wege einer teleologischen *Auslegung* entnehmen kann oder ob man dazu auf eine *teleologische Reduktion*⁴⁸ zurückgreifen muss, ist eine zweitrangige Frage.

Die Ausformung im Einzelnen sollte der weiteren Entwicklung im Zusammenspiel von Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen bleiben. Dabei wird sich herausstellen, ob überhaupt Rechtsfälle eintreten, in denen ein beachtenswertes Bedürfnis für das zusätzliche Postulat eines rechtlichen Interesses erkennbar wird; überzeugende Beispielfälle sind mir bisher nicht eingefallen. Insoweit mag es sich um einen Streit ohne praktisches Gewicht handeln, der dem wissenschaftlichen Streit weitgehend seine Bedeutung nimmt. Aber die Rechtspraxis in ihrer Vielgestaltigkeit könnte sich der Fantasie des vorausdenkenden Rechtsanwenders als überlegen erweisen. Deshalb sollte man ihr das vom V. Zivilsenat als Korrektiv entwickelte Instrument des „berechtigten Interesses“ nicht ohne Not von vornherein aus der Hand schlagen.

⁴⁷ Rn. 25 und 26 des BGH-Urteils unter Hinweis auf Mot. III 47.

⁴⁸ Vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, 391 ff.; zuletzt *Honsell* ZfPW 2016, 106 (114, 121 ff.).



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, insbesondere als Gesellschafterin

Kurz bevor der *Jubilar* den Senatsvorsitz von *Joachim Wenzel* übernahm, erließ der V. Zivilsenat des BGH einen Aufsehen erregenden Beschluss. In ihm wurde am 2.6.2005 die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als rechtsfähig erkannt, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.¹ *Wolfgang Krüger* war selbst nicht als Richter beteiligt, hatte aber in der Folgezeit mit den Auswirkungen zu tun. Dies auch deswegen, weil der Gesetzgeber zum 1.7.2007 zwar die Fähigkeit der Gemeinschaft, „im Rahmen der gesamten Verwaltung“ Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein, in § 10 Abs. 6 WEG festschrieb, dabei aber viele Fragen offen ließ. Über die Auswirkungen der Rechtsfähigkeit und den Umfang der Rechte und Pflichten wird seit dem ebenso gerungen wie um die Entstehungsvoraussetzungen der rechtsfähigen Gemeinschaft.² Ungeklärt ist bislang auch, ob³ und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinschaft Gesellschafterin werden kann und wie sie damit verbundene Rechte und Pflichten wahrnimmt.

Das Bedürfnis, eine Gesellschaft zu gründen oder sich an ihr zu beteiligen, kann sehr verschiedene Ursachen haben. Es kann im Rahmen der Anlage des Verwaltungsvermögens bestehen,⁴ zB wenn die Eigentümer die nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG zu bildende Rücklage in Aktien investieren wollen oder in sonstige Gesellschaftsanteile. Ein solcher Mehrheitsbeschluss wäre vom Verwalter umzusetzen, obwohl der Erwerb von Aktien nach hM⁵ ordnungsmäßiger Verwaltung per se widerspricht. Die Gründung einer GbR kann, um ein anderes Beispiel zu bilden, bedenkenswert sein, wenn die Wohnanlage an Einrichtungen angeschlossen ist, die auch benachbarten Grundstücken dienen (Erschließungsstraße, Heizanlage etc). Oft sind Erhaltung und sonstige Verwaltung derartiger Anlagen nicht (hinreichend) geregelt und eine aus den Nachbarn bestehende Gesellschaft wird als Lösung angesehen. Gegenstand gerichtlicher Verfahren war ferner bereits die Mitgliedschaft der Gemeinschaft in einem eingetragenen (Haus- und Grundbesitzer-)Verein.⁶ Eine andere denkbare Konstellation

¹ S. den ersten Leitsatz der in BGHZ 163, 154 = NJW 2005, 2061 veröffentlichten Entscheidung.

² Der V. Zivilsenat hat sich bislang nicht zur Rechtsfähigkeit der sog. werdenden Gemeinschaft bekannt, sondern spricht von vorverlagelter Anwendung des WEG „jedenfalls im Innenverhältnis“, was das Verhältnis zwischen den Ersterwerbern und auch zum teilenden Eigentümer meint; BGHZ 177, 53 = ZWE 2008, 378 Rn. 12; BGH ZWE 2016, 169 Rn. 7. Mit der wohl hL ist die Gemeinschaft werdender Wohnungseigentümer als rechtsfähig anzuerkennen, s. *Hügel* ZWE 2010, 122; *Häublein* in *Hager* (Hrsg.), *Wohnungseigentümer und ihre Gemeinschaft*, 2012, 36 (47f.), weshalb folgende Überlegungen auch für diese gelten.

³ Dafür etwa *Niedenführ/Vandenhouten/Niedenführ*, WEG, 12. Aufl. 2017, WEG § 10 Rn. 78; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 29.

⁴ S. etwa den Sachverhalt der Entscheidung OLG Celle NZM 2004, 426, wo für die Beteiligung an der Anlagegesellschaft jedoch eine Treuhandkonstruktion gewählt wurde.

⁵ *Daute* NZM 2006, 86 (88) mit Fn. 6; *Jennißen/Heinemann*, WEG, 5. Aufl. 2017, WEG § 27 Rn. 111; *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, WEG § 27 Rn. 54; *Bärmann/Merle/Becker*, 13. Aufl. 2015, WEG § 27 Rn. 86; abw. *Häublein* ZMR 2013, 945.

⁶ AG Hannover ZMR 2008, 743; anders AG Hannover ZMR 2007, 315.

tion resultiert schließlich aus dem Immobilienerwerb, der der Gemeinschaft offensteht.⁷ Sie kann etwa die für die bestimmungsgemäße Nutzung der Liegenschaft erforderlichen Flächen, zB Parkplätze oder Müllstandsflächen, auf einem Nachbargrundstück erwerben oder sogar Wohnungs-/Teileigentum in der Wohnungseigentumsanlage selbst.⁸ Ist mit dem Erwerb ein (unternehmerisches) Risiko verbunden, könnte das Haftungsrisiko der Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 8 WEG) durch Einsatz einer eigens zu diesem Zweck gegründeten Gesellschaft, zB einer Ein-Personen-GmbH, zumindest verringert werden. Derartige Risiken können sich ebenso bei größeren Investitionen in das gemeinschaftliche Eigentum ergeben, bei Modernisierungen der Wärme- und Energieversorgung etwa. Hier rückt die Beteiligung an einer bereits bestehenden Gesellschaft (Contractor) ebenso ins Blickfeld wie die Gründung einer solchen Gesellschaft durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.

I. Voraussetzungen des Erwerbs der Gesellschafterstellung

Zunächst geht es darum, unter welchen Voraussetzungen die Gemeinschaft Gesellschafter werden kann, was die Vorfrage einschließt, ob das überhaupt möglich ist.

1. Umfang der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft

Im Grundsatzurteil des Jahres 2005 ist durchweg von „Teilrechtsfähigkeit“ oder „-subjektivität“ der Gemeinschaft die Rede.⁹ Diese aus dem Recht der Personengesellschaften entlehnte Diktion,¹⁰ die vom Gesetzgeber zwar nicht in das WEG, wohl aber in die Begründung der Novelle 2007 übernommen wurde,¹¹ ist nicht nur in der Senatsrechtsprechung verbreitet.¹² Die teilrechtsfähige Gemeinschaft, so heißt es im Schrifttum, sei nicht umfassend Träger der Rechte und Pflichten, sondern habe eigene Rechtspersönlichkeit nur im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums.¹³ Damit wird an die Judikatur des V. Zivilsenats angeknüpft, der meint,

„(d)ie Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen.“¹⁴

Das legt die Schlussfolgerung nahe, die Zugehörigkeit einer Maßnahme (im hiesigen Kontext: Gründung/Beteiligung an einer Gesellschaft) zur Verwaltung sei bereits für die Fä-

⁷ BGH NJW 2016, 2177 = ZWE 2016, 268.

⁸ S. dazu OLG Hamm NJW 2010, 1464 = ZWE 2009, 452; OLG Frankfurt a. M. MietRB 2015, 210 und zu den Auswirkungen eines solchen Erwerbs Häublein, FS Seuß, 2007, 125.

⁹ BGHZ 163, 154 = NJW 2005, 2061. Ganz ähnlich spricht der OGH von „Quasirechtspersönlichkeit“, OGH v. 10.6.1997 – 5 Ob 230/97b, bzw. „(Quasi-)Rechtspersönlichkeit“ der Gemeinschaft, OGH v. 9.11.1999 – 5 Ob 283/99z (alle Urteile frei abrufbar unter www.ris.bka.gv.at). Es wird aber auch von Teilrechtsfähigkeit gesprochen, s. Spruzina in Reiß-Fechter/Häublein (Hrsg.), Wohnungseigentum in Österreich und Deutschland, 2012, 35 (36).

¹⁰ Dazu vor allem Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, 1977, § 7 II (S. 90ff.); ferner Renner, Die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr, 2005, 78ff.

¹¹ BT-Drs. 16/887, 56ff.

¹² S. BGH NJW 2016, 53 Rn. 10; 2016, 2177 Rn. 21; NZM 2016, 446 Rn. 4. Zur Kritik an dieser Terminologie etwa BeckOK WEG/Dötsch, Beck'scher Onlinekommentar WEG, 30. Ed. 1.3.2017, § 10 Rn. 413; Rühlcke ZWE 2007, 261.

¹³ Jennißen/Jennißen, 4. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 61; offenlassend aber Jennißen/Abramenko, 5. Aufl. 2017, WEG § 10 Rn. 80.

¹⁴ BGHZ 163, 154 (177f.) (II. 12. der Gründe) = NJW 2005, 2061; s. ferner die sub I.2.a) zitierte Passage aus NJW 2016, 2177.

higkeit der Gemeinschaft konstitutiv, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein.¹⁵ Die hM in Österreich nimmt das in der Tat an.¹⁶ Trotz auch dort vorherrschender Ablehnung der Ultra-Vires-Lehre wird diese Einschränkung für zulässig gehalten, da sich die Beschränkung aus dem Gesetz (s. § 18 Abs. 1 S. 1 WEG 2002) und nicht aus der Satzung ergebe.¹⁷

Eine Bewertung erfordert die Unterscheidung verschiedener Problemkreise. Mit dem Begriff der *Teilrechtsfähigkeit* wird im Personengesellschaftsrecht typischerweise zunächst nur ausgedrückt, dass die betreffenden Gesellschaftsformen (GbR, oHG, KG usw.) *keine juristischen Personen* sind.¹⁸ Man kann diese Begriffsbildung mit guten Gründen ebenso kritisieren,¹⁹ wie die Unterscheidung zwischen juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften überhaupt.²⁰ Geht man jedoch, nicht zuletzt wegen der positivrechtlichen Verankerung (s. § 14 BGB, § 11 InsO, § 7 MarkenG), von einem Dualismus aus, kann man einen Unterschied darin finden, dass die Verselbständigung des Verbandes gegenüber den dahinter stehenden Mitgliedern bei juristischen Personen stärker ausgeprägt ist, was oft mit dem Begriff der „eigenen Rechtspersönlichkeit“ umrissen wird (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO).²¹ Das äußert sich regelmäßig – der Gesetzgeber kann Abweichendes festlegen – vor allem in der Haftung, Handlungsorganisation und Willensbildung. Letztere wird bei juristischen Personen als Sache des Verbandes angesehen, während bei den Personengesellschaften und der Gemeinschaft die Mitgliederversammlung nicht in gleicher Weise als Verbandsorgan begriffen wird, was sich auch beim Gegner der Beschlussmängelklage zeigt.²² Für die Gemeinschaft ist insofern nicht nur auf § 46 Abs. 1 S. 1 WEG hinzuweisen, sondern auch auf die vom BGH vertretene Ansicht, die Willensbildung sei Sache der Eigentümer, für deren Unterlassen die Gemeinschaft jedenfalls im Innenverhältnis nicht einzustehen habe.²³ Da die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer – anders als in Österreich die Eigentümergemeinschaft (s. § 2 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 WEG 2002)²⁴ – nicht als juristische Person, sondern im Anschluss an BGHZ 163, 154 als rechtsfähiger Verband *sui generis*

¹⁵ So wird der BGH (BGHZ 163, 154 = NJW 2005, 2061) im Schrifttum auch verstanden; s. *Meiners*, Die rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft – ein fremdnütziges Zweckgebilde, 2015, 25.

¹⁶ S. *Prader*, WEG 2002, Stand 1.10.2016, WEG § 18 Rn. E18: „Schließt die Gemeinschaft ein Rechtsgeschäft ab, das nicht der Verwaltung zuzuordnen ist, kann es rechtlich nicht existent werden; es ist nichtig. Eine Heilung ist rechtlich nicht möglich.“; *Rummel/Würth*, ABGB, 3. Aufl. 2003, WEG § 18 Rn. 2: Rechtsfähigkeit final beschränkt; *Kletečka/Schauer/Schauer*, ABGB-ON, Stand 1.10.2013, § 26 Rn. 19: Rechtsfähigkeit auf Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft beschränkt; ebenso *Würth/Zingher/Kovanyi/Ettersdorfer*, Miet- und Wohnrecht II, 23. Aufl. 2015, WEG § 18 Rn. 6.

¹⁷ *Hausmann/Vonkilch/Löcker*, Österr. Wohnrecht – WEG, 3. Aufl. 2013, WEG § 18 Rn. 26.

¹⁸ Nachw. hierzu bei *Rühlicke* ZWE 2007, 261 (262f.).

¹⁹ S. *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, 211f.; wN zum gesellschaftsrechtlichen Streit um die Berechtigung des Begriffs bei *Häublein*, FS Seuß, 2007, 125 (127) = ZWE 2007, 474 (475).

²⁰ So insbes. und pars pro toto für seine zahlreichen Arbeiten hierzu *Raiser* AcP 199 (1999), 104.

²¹ Dazu bereits *Häublein* ZIP 2005, 1720 (1723).

²² Zur Gesellschafterversammlung bei der GbR s. *MüKoBGB/Schäfer*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 258; zur gerichtlichen Geltendmachung von Beschlussmängeln gegen die Mitgesellschafter s. etwa BGH NJW 2009, 2300 Rn. 15; 2011, 2578 Rn. 19 (jew. zur KG); *MüKoBGB/Schäfer*, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 113 (zur GbR) und BeckOK HGB/*Klimke*, Beck'scher Online-Kommentar HGB, 15. Ed. 1.11.2016, § 119 Rn. 84 (zur oHG).

²³ BGHZ 202, 375 Rn. 22 = NJW 2015, 613.

²⁴ Die gesetzliche Bezeichnung als juristische Person hält die hM in Österreich allerdings nicht davon ab, der Gemeinschaft eine bloße Teilrechtsfähigkeit zuzusprechen; statt aller nur *Spruzina* in Reiß-Fechter/Häublein (Hrsg.), Wohneigentum in Österreich und Deutschland, 2012, 35.

angesehen wird,²⁵ ist sie in dem beschriebenen Sinne teilrechtsfähig.²⁶ Eine Aussage über die Zweckmäßigkeit dieser Begriffsbildung ist damit nicht verbunden. Das Gesetz spricht in § 14 Abs. 2 BGB jedenfalls nicht von Teilrechtsfähigkeit, um Personengesellschaften und juristische Personen zu unterscheiden.²⁷

Der Begriff „Teilrechtsfähigkeit“ wird ferner verwendet, um eine auf den Verbandszweck abstellende, „sektorale“²⁸ Beschränkung der Rechtsfähigkeit auszudrücken. Versteht man ihn in diesem, einen gänzlich anderen Problemkreis betreffenden²⁹ Sinn, lautet die für den Untersuchungsgegenstand entscheidende Frage, ob sich hinter dem Diktum der Teilrechtsfähigkeit (zugleich) eine relevante Beschränkung der Fähigkeit verbirgt, Gesellschafter zu werden. Folgt man der zutreffenden hL, ist das abzulehnen, weil die *Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft durch den Verbandszweck keine Beschränkung erfährt*.³⁰ Das überzeugt letztlich aus Gründen der Rechtssicherheit. Wo die Grenzen der Verwaltung verlaufen, hängt von Umständen ab, die für Dritte nur schwer zu ermitteln sind.³¹ Der V. Zivilsenat erkennt ein Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs an und versteht den Begriff der Verwaltung weit.³² Eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf Verwaltungsmaßnahmen lässt sich damit nur schwer vereinbaren. Die Formulierung des § 10 Abs. 6 S. 1 WEG, die Gemeinschaft könne „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ Rechte erwerben und Pflichten eingehen, umschreibt daher – in Anlehnung an den ersten Leitsatz der in BGHZ 163, 154 veröffentlichten Entscheidung – lediglich deren Zweck, nicht aber das Ausmaß der Fähigkeit, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein. Von der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft ist es also gedeckt, Gesellschaften zu gründen oder sich an diesen zu beteiligen. Der Verkehrsschutz hat damit aber nur einen Etappensieg errungen, wie die Überlegungen zur Vertretung zeigen (s. unten I.2.).

Die notwendigen Differenzierungen gehen aber noch weiter. Weil nach § 10 Abs. 1 WEG das von der Gemeinschaft zu verwaltende gemeinschaftliche Eigentum den Wohnungseigentümern gehört, muss bestimmt werden, welche Rechte und Pflichten dem Rechtskreis der Gemeinschaft zugehören und welche die Sphäre der Eigentümer betreffen, ohne dass die Gemeinschaft insofern ins Spiel kommt. Auf der Existenz dieser verschiedenen Sphären beruht die Aufteilung der Befugnisse des Verwalters in § 27 Abs. 2 und 3 WEG. Ge-

²⁵ S. BGHZ 163, 154, 172 = NJW 2005, 2061, der sich auf Schmid BtGBW 1981, 142; Maroldt, Die Rechtsfolgen einer Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, 2004, 7; Pauly WuM 2002, 531 (533) bezieht.

²⁶ Zu diesem Verständnis des Begriffs Teilrechtsfähigkeit Bärmann/Suilmann, 13. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 208; Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 4. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 17.

²⁷ S. den Hinweis von Meiners, Die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft – ein fremdnütziges Zweckgebilde, 2015, 23, 25f., die daher lediglich in Bezug auf den in seiner Rechts- und Vermögensfähigkeit beschränkten Betriebsrat (dazu BGHZ 195, 174 = NJW 2013, 464) eine Teilrechtsfähigkeit akzeptiert.

²⁸ Hügel/Elzer, 2015, WEG § 10 Rn. 205 sprechen von „bereichsmäßig beschränkter“ Rechtsfähigkeit.

²⁹ Dazu bereits Häublein, FS Seuß, 2007, 125 (127ff.) = ZWE 2007, 474 (475ff.).

³⁰ Statt vieler Bärmann/Suilmann, 13. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 210; Becker ZWE 2007, 432 (433f.); BeckOK WEG/Dötsch, 30. Ed. 1.3.2017, § 10 Rn. 415; Hügel/Elzer, 2015, WEG § 3 Rn. 37; Nidenführ/Vandenhouten/Nidenführ, 12. Aufl. 2017, WEG § 10 Rn. 77; Maroldt ZWE 2005, 361 (363); Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, 4. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 16f.; Lehmann-Richter ZWE 2012, 463 (466); Wenzel ZWE 2006, 462 (469); so nunmehr auch Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 19.

³¹ So für den Grundstückserwerb etwa Becker ZWE 2007, 432 (433f.); allg. Maroldt, Die Rechtsfolgen einer Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, 2004, 12f.

³² BGH NJW 2016, 2177 Rn. 27, wo es um die Beschlusskompetenz geht; s. dazu I.2.a). Die Frage, ob jenseits der Verwaltung die Rechtsfähigkeit fehlt, war für den BGH bislang noch nicht entscheidungserheblich.

sichert erscheint, dass die Verfügung über das gemeinschaftliche Eigentum individuelle Sache der Eigentümer ist.³³ Daneben gehört – wie bereits erwähnt – nach Ansicht des BGH auch die *Entscheidung* über Maßnahmen der Verwaltung in die Sphäre der Eigentümer (sog. Verwaltungsentscheidungen) und lediglich deren *Umsetzung* soll Sache der Gemeinschaft sein.³⁴ Im Schrifttum wird angesichts dessen vehement darüber diskutiert, wie weit die Verantwortlichkeit der Gemeinschaft im Innenverhältnis reicht.³⁵ Selbst wenn man nun den Begriff Teilrechtsfähigkeit (auch) als Ausdruck der Existenz dieser unterschiedlichen Sphären ansieht,³⁶ beschränkt er doch nicht den Umfang der Rechtsfähigkeit. Vielmehr wird lediglich darüber befunden, ob bestimmte Rechte und Pflichten bei der Gemeinschaft oder bei den Eigentümern angesiedelt werden. Diese Frage stellt sich aber überhaupt nur bei *gesetzlich begründeten* Rechten und Pflichten, während die durch Rechtsgeschäft der Gemeinschaft erworbenen dieser zugewiesen sind (vgl. § 10 Abs. 6 S. 2 WEG). Die beschriebene Facette des Streits um den Umfang der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft kann hier daher deswegen außer Betracht bleiben, weil die Gemeinschaft, die eine Gesellschaft gründet oder sich an einer solchen beteiligt, ein Rechtsgeschäft vornimmt und infolge dessen *a priori* das Zuordnungs- subjekt der daraus resultierenden Rechte und Pflichten ist.

2. Vertretung der Gemeinschaft im Rechtsverkehr

Die Vertretung im Rechtsverkehr erweist sich aus zwei Gründen als problematisch: Zum einen fehlt ein Organ mit unbeschränkter Vertretungsmacht. Zum anderen mangelt es der Gemeinschaft und dem Organ an Publizität und die Regelungen über den Nachweis der Vertretungsmacht sind insuffizient.

a) Das Modell des § 27 Abs. 3 WEG, insbesondere die Verwalterermächtigung

Während dem Verwalter in Österreich durch § 20 Abs. 1 WEG 2002 im Rahmen der Verwaltung der Liegenschaft die nach außen unbeschränkbare Vertretung der Eigentümergemeinschaft zugewiesen ist, geht § 27 Abs. 3 WEG einen anderen Weg. Der Verwalter besitzt Vertretungsmacht nur punktuell für die in S. 1 Nr. 1–6 leg. cit. genannten Verwaltungsmaßnahmen und kann sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen nur vornehmen, „soweit er hierzu durch Vereinbarung oder Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit ermächtigt ist“ (§ 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG). Bei dieser „Ermächtigung“ geht es nicht um die Ausübung eines fremden Rechts im eigenen Namen, wie im Falle des § 185 BGB. Vielmehr ist der Begriff an Vorschriften wie § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, § 78 Abs. 4 S. 1 AktG angelehnt und bringt zum Ausdruck, dass der Verwalter, der im Rahmen der Ermächtigung tätig wird, nicht als Bevollmächtigter handelt, sondern als organschaftlicher Vertreter.³⁷ Fehlt ein Verwalter oder ist er zur Vertretung nicht berechtigt, so vertreten nach § 27 Abs. 3 S. 2 WEG alle Wohnungseigentümer die Gemeinschaft. Sie können aber durch Be-

³³ S. dazu nur BGH NJW 2013, 1962 Rn. 8 mN; ferner BGH NJW 2016, 2177 Rn. 17.

³⁴ BGHZ 202, 375 Rn. 22 = NJW 2015, 613; BGHZ 207, 40 Rn. 15ff. = NJW 2016, 1310.

³⁵ Hierzu etwa Armbrüster/Kräher ZWE 2014, 1; Elzer NZM 2012, 718; Jacoby ZWE 2014, 8; ausf. Meiners, Die rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft – ein fremdnütziges Zweckgebilde, 2015, 25, insbes. 79ff.

³⁶ S. Bärmann/Suilmann, 13. Aufl. 2015, WEG § 10 Rn. 208f., mit dem zutr. Hinweis, aus dem Begriff Teilrechtsfähigkeit folge nicht, welche Rechte und Pflichten die Gemeinschaft erwerben oder begründen kann.

³⁷ Statt aller: BGHZ 200, 195 Rn. 16 = NJW 2014, 1587; Bärmann/Merle/Becker, 13. Aufl. 2015, WEG § 27 Rn. 253; Hügel/Elzer, 2015, WEG § 27 Rn. 127; Jennißen/Heinemann, 5. Aufl. 2017, WEG § 27 Rn. 117. Zu § 125 HGB s. etwa BeckOK HGB/Klimke, 15. Ed. 1.11.2016, § 125 Rn. 20.

schluss mit Stimmenmehrheit einen oder mehrere Wohnungseigentümer zur Vertretung ermächtigen (§ 27 Abs. 3 S. 3 WEG).³⁸

Diese Beschränkung der Befugnisse des Verwalters, den man als „kupierts Organ“ bezeichnen kann, dient dem Eigentümerschutz.³⁹ Anders als bei den Personengesellschaften gilt für die Gemeinschaft der Grundsatz der Selbstorganschaft gerade nicht, weshalb der Gesetzgeber sicherstellen wollte, dass die Entscheidungsmacht in den Händen der Wohnungseigentümer liegt.⁴⁰ Allerdings hat er dadurch Rechtsunsicherheit geschaffen, was die Diskussion um die Auslegung des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 WEG („laufende Maßnahmen der erforderlichen ordnungsmäßigen Instandhaltung und Instandsetzung“) exemplarisch zeigt.⁴¹ Indes geht es hier nicht um die Bewertung dieser Vertretungsregelung, sondern um deren Konsequenzen für den Untersuchungsgegenstand. Da Gesellschaftsgründungen oder -beteiligungen nicht unter § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 1–6 WEG fallen, kann die Vertretungsmacht des Verwalters für entsprechende Willenserklärungen allein aus einem ermächtigenden Geschäft (Vereinbarung oder Beschluss der Eigentümer) resultieren. Es gibt Gemeinschaftsordnungen, die den jeweiligen Verwalter umfassend zur Vertretung ermächtigen. Sie beschränken diese Macht allerdings regelmäßig (ausdrücklich oder implizit) auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Ob sie darüber hinausgehen können, ist ungeklärt, mE aber zu bejahen. Ermächtigungsvereinbarungen⁴² sind jedoch selten, weshalb im Mittelpunkt des praktischen Interesses die Beschlussfassung steht.

Die den Eigentümern verliehene Beschlusskompetenz wird insofern weit gefasst, als selbst eine Generalermächtigung nach hM statthaft ist.⁴³ Allerdings wird für außergewöhnliche Maßnahmen, zu denen die hier behandelten Gegenstände regelmäßig zählen, teilweise eine spezielle Ermächtigung gefordert.⁴⁴ Strittig ist, ob sich die Beschlusskompetenz darin erschöpft, gemeinschaftliches Eigentum zu verwalten. Teils wird dies wegen der umfassenden Rechtsfähigkeit abgelehnt.⁴⁵ Indes erscheint dieser Rückschluss von der Rechts- auf die Handlungsfähigkeit bedenklich, weil nicht begründet wird, warum es geboten ist, die Eigentümer in die Lage zu versetzen, gerade durch einen Beschluss die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft herzustellen. Oder anders ausgedrückt: Die Suche nach den Grenzen der Beschlusskompetenz ist nicht identisch mit der Frage, ob die Rechtsfähigkeit beschränkt ist. So liegt es etwa nicht an einer beschränkten Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft, sondern an der auf die Verwaltung begrenzten Beschlusskompetenz, deren Überschreiten zur Nichtigkeit des Beschlusses führt,⁴⁶ dass der Verwalter nicht durch Beschluss ermächtigt werden kann, die für Verfügungen über das gemeinschaftliche Eigentum notwendigen Erklärungen abzu-

³⁸ Für Österreich s. § 18 Abs. 3 WEG 2002, wo in Ermangelung eines zur Vertretung berufenen Verwalters auf die nach Miteigentumsanteilen zu berechnende Mehrheit der Wohnungseigentümer abgestellt wird. Zur Bestellung eines Eigentümerversetzers s. § 22 WEG 2002.

³⁹ Dazu bereits Häublein ZIP 2005, 1720 (1725); Häublein ZMR 2006, 1 (5).

⁴⁰ S. BT-Drs. 16/887, 71.

⁴¹ Dazu etwa Bärman/Merle/Becker, 13. Aufl. 2015, WEG § 27 Rn. 214: gleich drei unbestimmte Rechtsbegriffe; zu Versuchen einer Konkretisierung s. Merle ZWE 2010, 2 und Häublein ZWE 2009, 189.

⁴² Zum Begriff der Vereinbarung in diesem Kontext s. Hügel/Elzer, 2015, WEG § 27 Rn. 129.

⁴³ Bärman/Merle/Becker, 13. Aufl. 2015, WEG § 27 Rn. 265 ff.; Merle ZWE 2006, 365 (369); Jennißen/Heinemann, 5. Aufl. 2017, WEG § 27 Rn. 117; Suilman ZWE 2008, 113 (115); s. auch Abramenko ZWE 2010, 193 (196 f.); undeutlich insoweit BT-Drs. 16/887, 71.

⁴⁴ S. OLG Hamm NJW 2010, 1464; gegen ein solches Erfordernis aber Bärman/Merle/Becker, 13. Aufl. 2015, WEG § 27 Rn. 268.

⁴⁵ Bärman/Merle/Becker, 13. Aufl. 2015, WEG § 27 Rn. 268; Suilman ZWE 2008, 113 (115) beide mit Hinweis auf die Ablehnung der Ultra-Vires-Lehre seitens der hM.

⁴⁶ Statt vieler BayObLG ZWE 2002, 583 (585): Eingriff in das Sondereigentum; Hügel/Elzer, 2015, WEG § 23 Rn. 81.