

## „Gründungsmängel“ beim Wohnungseigentum

Von Gerichtsreferendar *Wolfgang Däubler*, Tübingen

### I. Übersicht

Wohnungseigentum kann in zweierlei Weise begründet werden: Nach § 3 WEG verwandeln die Miteigentümer an einem Grundstück durch Vertrag ihr Miteigentum in Wohnungseigentum; nach § 8 WEG begründet der Eigentümer eines Grundstücks durch einseitige Erklärung gegenüber dem GBA eine von ihm zu bestimmende Zahl von Wohnungseigentumsrechten. Im folgenden soll nun die Rechtslage für den Fall untersucht werden, daß dieser „Gründungsakt“, der das Wohnungseigentum hervorbringen sollte, irgendwie mangelhaft war. Im Vordergrund der Darstellung soll dabei der Fall der vertraglichen Begründung stehen, da infolge der Teilnahme mehrerer Personen die Fehlerquellen häufiger und die Rechtsfolgen problematischer sind. Zunächst soll die Rechtslage erörtert werden, wenn bei einem der beteiligten Miteigentümer ein Willensmangel wie Irrtum, Täuschung oder Drohung vorliegt, wobei sich Parallelen zur faktischen Gesellschaft aufdrängen (II). Anschließend ist der Fall der Mitwirkung von Nichtberechtigten zu untersuchen (III). Auch beim Vorliegen von Formmängeln oder Verstößen gegen ein gesetzliches Verbot, bei der Mangelhaftigkeit des Grundstücksgeschäfts, das die bloße Verpflichtung zur Einräumung von Wohnungseigentum enthält, oder bei der Fehlerhaftigkeit einer parallel zur Wohnungseigentümergeinschaft verlaufenden BGB-Gesellschaft ergeben sich Probleme (IV). Abschließend soll die viel unkompliziertere Rechtslage bei einer mangelhaften Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG dargestellt werden (V).

### II. Willensmängel bei der vertraglichen Begründung von Wohnungseigentum

Beispiel: A, B und C sind Miteigentümer an einem Grundstück. Sie vereinbaren Wohnungseigentum nach § 3 WEG. Bei Vertragsabschluß wird A von C arglistig über die ihm als Wohnungseigentümer treffenden Pflichten getäuscht. A will deshalb anfechten. Kann er das, wenn die Wohnungseigentumsrechte bereits belastet und zahlreiche Verpflichtungen wegen der Errichtung oder Unterhaltung des Gebäudes eingegangen wurden?

#### 1. Miteigentum als Voraussetzung der Begründung von Wohnungseigentum

§ 3 WEG setzt voraus, daß bei Vertragsabschluß alle Vertragspartner bereits Miteigentümer nach Bruchteilen waren oder es wenigstens eine „logische Sekunde“ vorher geworden sind. Die Begründung von Wohnungseigentum hat den Sinn, jedem Miteigentümer das Alleineigentum an bestimmten Räumen, das sog. Sondereigentum einzuräumen, wozu es einer Einigung aller Miteigentümer in der Form der Auflassung bedarf.

### 2. Die Wirkung der Anfechtung im allgemeinen

Ficht ein Wohnungseigentümer seine Erklärung nach §§ 119–123 BGB an, so hat dies nach § 142 BGB deren rückwirkende Nichtigkeit zur Folge. Das bedeutet einmal, daß der Anfechtende selbst kein Wohnungseigentum erworben hat. Dies hat grundsätzlich aber auch die Unwirksamkeit der Erklärungen der übrigen Miteigentümer zur Folge, es sei denn, man könne diese nach § 139 BGB selbständig aufrechterhalten. Ein dahingehender Wille dürfte meist, insbesondere bei größeren Gemeinschaften, vorliegen;<sup>1)</sup> dadurch würde jedoch ein vom Gesetz mißbilligter Erfolg herbeigeführt. Das Wohnungseigentum wird nach § 1 Abs. 2 WEG dadurch charakterisiert, daß mit dem Miteigentumsanteil am Grundstück das Alleineigentum an bestimmten Räumen (sog. Sondereigentum) verbunden wird. Ist nun die Erklärung eines Miteigentümers unwirksam, so erstreckt sich sein Miteigentumsanteil weiterhin auf sämtliche Räume des Gebäudes. Dies hat zur Folge, daß kein Sondereigentum für die übrigen entstehen kann. Damit ist auch die Entstehung von Wohnungseigentum ausgeschlossen. In der Literatur ist daher allgemein anerkannt, daß einfaches Miteigentum und Wohnungseigentum nicht nebeneinander an gleichen Gebäuden bestehen können;<sup>2)</sup> was jedenfalls dann richtig ist, wenn sich das einfache Miteigentum auch auf die Sondereigentumsräume erstreckt.

Eine Aufrechterhaltung der Erklärungen der übrigen Miteigentümer nach § 139 BGB kommt somit nicht in Frage. Unter Zugrundelegung der allgemeinen Anfechtungsregeln ist daher bei Unwirksamkeit einer Erklärung für alle Beteiligten von Anfang an kein Wohnungseigentum entstanden.

### 3. Beschränkung der Anfechtungswirkung durch Heranziehung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft

Im Schrifttum wird die Übertragung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft auf die Wohnungseigentümergeinschaft – wenn auch meist ohne nähere Begründung – überwiegend bejaht.<sup>3)</sup> Die Rspr. hat sich noch nicht geäußert; der BGH hat jedoch bei einer den Verhältnissen beim Wohnungseigentum sehr nahekommenden Bruchteilsgemeinschaft die Heranziehung abgelehnt.<sup>4)</sup> Das Schrifttum steht bei der Bruchteilsgemeinschaft auf demselben Standpunkt.<sup>5)</sup>

1) *Staudinger/Ring*, BGB, Bd. III, 2. Teil, 11. Aufl., 1963, § 3 WEG Rdnr. 7.

2) *Bärmann*, WEG, 1958, § 3 Anm. II 2; *Diester*, WEG, 1952, § 3 Rdnr. 10; *Pritsch*, RGRK, VI. Band, 10. Aufl., 1956, § 3 Bem. II 2; *Staudinger/Ring*, § 3 Rdnr. 15; *Weitnauer/Wirths*, WEG, 2. Aufl., 1955, § 3 Rdnr. 6.

3) *Bärmann*, Einl. S. 156, § 3 Anm. II 2; ders., AcP 155, 1/16; *Palandt/Hoche*, BGB, 22. Aufl., 1963, § 11 WEG Anm. 2; *Staudinger/Ring*, § 3 WEG Rdnr. 7; *Weitnauer/Wirths*, § 3 Rdnr. 6a; teilweise abweichend *Diester*, § 3 Anm. 18a, der nur bei größeren Mitgliederzahlen eine Analogie zur faktischen Gesellschaft für erwägenswert hält.

4) BGH, NJW 1961, 1299 = Betrieb 1961, 705.

5) *Palandt/Gramm*, § 741 Anm. 6; *Schultze-v. Lasaulx* in *Soergel/Siebert*, BGB, Bd. II, 9. Aufl., 1962, Einf. vor § 741 Rdnr. 19.

a) Bevor die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze über die faktische Gesellschaft geprüft werden kann, muß erst Wesen und Bedeutung dieser Lehre kurz dargestellt werden.

Die Annahme einer „Scheingesellschaft“ im Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten ist in Rspr.<sup>6)</sup> und Lehre<sup>7)</sup> seit langem anerkannt. Man ist sich darüber einig, daß in der Aufnahme des Geschäftsbetriebs eine Erklärung an die Öffentlichkeit liegt; der hierdurch erzeugte Rechtsschein einer fehlerfreien Gesellschaft kann nicht durch rückwirkende Anfechtung wieder zerstört werden, da dies elementare Bedürfnisse des Verkehrsschutzes verletzen würde.

Die Annahme einer faktischen Gesellschaft auch im Verhältnis der Gesellschafter zueinander blieb länger umstritten,<sup>8)</sup> hat sich aber heute durchgesetzt.<sup>9)</sup> Praktischer Ausgangspunkt für diese Lehre ist ein erhebliches wirtschaftliches Bedürfnis, das für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft spricht. Die bei rückwirkender Vernichtung des Gesellschaftsvertrags anwendbaren Bereicherungsvorschriften würden häufig zu ungerechten Ergebnissen führen.<sup>10)</sup> Auch würde die Rechtssicherheit in erheblichem Umfang gefährdet. Bei Rückwirkung der Anfechtungserklärung könnte somit das Recht seine Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion nicht mehr erfüllen.<sup>11)</sup> Dogmatisch findet diese Lehre nach Siebert<sup>12)</sup> ihre Rechtfertigung in dem für alle Dauerschuldverhältnisse charakteristischen gesteigerten Bestandsschutz, der sich im Gesetz darin zeigt, daß bei Leistungsstörungen an die Stelle des ex tunc wirkenden Rücktritts die Kündigung mit Wirkung ex nunc tritt. Außerdem wird neuerdings darauf hingewiesen, daß auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander das Vertrauen des einzelnen auf die Gültigkeit der Gesellschaft geschützt werden müsse.<sup>13)</sup>

b) Diese Grundsätze können auf die Wohnungseigentümergeinschaft nur dann übertragen werden, wenn die Verhältnisse dort ähnlich gelagert sind, bei rückwirkender Nichtigkeit das Recht also seine Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion nicht mehr erfüllen könnte.

Im Verhältnis zu Dritten ist die Situation beim Wohnungseigentum insofern anders, als bei zahlreichen Geschäften die Dritten hinreichend durch

6) RG, JW 1933, 1996; RGZ 145, 155/158; 149, 25 m. w. N.

7) Fischer, RGRK, II. Band, 2. Teil, 11. Aufl., 1960, § 705 Anm. 28; Palandt/Gramm, § 705 Anm. 3 d; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S. 42 m. w. N.

8) Vgl. RG, JW 1927, 1242 im Gegensatz zu RG, JW 1935, 2617.

9) RGZ 165, 193/204; 170, 109; OGHZ 4, 241/244; BGHZ 3, 285/288; 8, 157/167; 11, 190/191; BGHZ 13, 320/323; 17, 160/167; 26, 330/335; BGH, WM 1961, 426; 1961, 1024; OLG Nürnberg, WM 1962, 28; aus der zahlreichen Literatur vgl. Fischer, Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849; Siebert, aaO, S. 56 f. m. w. N.

10) So würde etwa derjenige, der sich bei der oHG an das gesetzliche Wettbewerbsverbot gehalten hätte, gegenüber demjenigen benachteiligt, der es verletzte, da dieser dafür nicht zur Rechenschaft gezogen werden könnte.

11) Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947, S. 53 f.

12) S. 50.

13) Vgl. BGHZ 13, 320/324: „Verkehrsschutz auch unter den Gesellschaftern“ und Baumbach/Duden, HGB, 14. Aufl., 1961, § 105 Anm. 8 B.

das Grundbuch geschützt sind. Diesen Schutz noch zu verstärken, erscheint wenig sinnvoll. Andererseits gibt es auch beim Wohnungseigentum zahlreiche Geschäfte, insbesondere schuldrechtlicher Art, bei denen die Situation der bei der Gesellschaft sehr ähnelt. Besonders wenn das Wohnungseigentum bereits vor Errichtung des Gebäudes begründet wurde,<sup>14)</sup> sind derartige Geschäfte außerordentlich häufig. Auch später nimmt die Wohnungseigentümergeinschaft in erheblichem Umfang am Rechtsverkehr teil, wie sich aus der Aufzählung der Befugnisse des Verwalters in § 27 WEG ergibt.

Entscheidend fällt jedoch das Innenverhältnis, das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, ins Gewicht. Hier ergeben sich mannigfaltige Rechtsbeziehungen; für den einzelnen Wohnungseigentümer entstehen Rechte und Pflichten nach Maßgabe der §§ 13–16 WEG, den einzelnen trifft die der Treuepflicht vergleichbare Pflicht zur Rücksichtnahme auf den andern.<sup>15)</sup> Es werden Vereinbarungen getroffen und Beschlüsse gefaßt, Ausschlußverfahren und Prozesse nach §§ 43 ff. WEG durchgeführt. Mit Recht kann man daher sagen: So wenig wie die Rechtsordnung an den durch die gemeinsame Tätigkeit der Gesellschafter geschaffenen Tatsachen vorbeigehen kann,<sup>16)</sup> so wenig kann sie die durch das Zusammenwirken und Zusammenwohnen der Wohnungseigentümer entstandenen tatsächlichen Verhältnisse als nicht existent behandeln. Auch hier würde das Recht bei Annahme rückwirkender Nichtigkeit seiner Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion nicht mehr nachkommen.

c) Nun hat allerdings der BGH die Anwendung der Regeln über die faktische Gesellschaft auf einen dem Wohnungseigentum sehr verwandten Fall der Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB abgelehnt.<sup>17)</sup>

Zwei Miteigentümer eines Gebäudes hatten zahlreiche Vereinbarungen über die Verwaltung und Benutzung des Gebäudes getroffen; u. a. war einer von ihnen zum Hausverwalter bestellt worden. Die dieser Bestellung zugrunde liegende Vereinbarung wurde von einem Miteigentümer wegen Willensmangels angefochten. Der andere berief sich auf die analoge Heranziehung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft.

Da gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG auch die Wohnungseigentümergeinschaft eine Gemeinschaft nach Bruchteilen ist, ist eine Auseinandersetzung mit der vom BGH entwickelten Auffassung geboten. Zu beachten ist dabei allerdings, daß die Wohnungseigentümergeinschaft im Gegensatz zur gewöhnlichen Bruchteilsgemeinschaft gewisse Annäherungen an die Gesellschaft aufweist, was sich insbesondere an den zahlreichen Pflichten und Mitverwaltungsrechten der Wohnungseigentümer sowie den Befugnissen

14) Was zulässig ist, da § 3 Abs. 1 WEG von einem „zu errichtenden Gebäude“ spricht.

15) Vgl. dazu insbesondere § 14 WEG und Bärmann, § 13 Anm. IV.

16) So die Formulierung zur faktischen Gesellschaft in BGHZ 8, 157/167.

17) Vgl. Fußn. 5.

des Verwalters zeigt.<sup>18)</sup> Schon allein deshalb wäre eine Behandlung der Wohnungseigentümergeinschaft nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen nicht bedenkenfrei.

Im einzelnen begründet der BGH seine Stellungnahme damit, die Bruchteilsgemeinschaft entstehe im Gegensatz zur Gesellschaft meist kraft Gesetzes; die rechtlichen Verhältnisse seien daher in aller Regel viel einfacher als bei der Gesellschaft. Dem kann für die Wohnungseigentümergeinschaft nicht gefolgt werden. Diese entsteht niemals kraft Gesetzes, sondern immer kraft Rechtsgeschäfts; außerdem sind, wie oben dargelegt, die entstandenen Rechtsverhältnisse keinesfalls einfacher als bei der Gesellschaft.

Daneben beruft sich der BGH darauf, jede faktische Gesellschaft setze eine tatsächliche Willensübereinstimmung hinsichtlich eines Zusammenwirkens zu einem gemeinsamen Zweck voraus. Davon könne aber bei der „faktischen Bruchteilsgemeinschaft“ keine Rede sein, da eine Bruchteilsgemeinschaft niemals einen bestimmten Zweck verfolge. Dieses Argument kann nicht überzeugen. Sicherlich hat jede, auch die faktische Gesellschaft, einen Gesellschaftszweck, der selbstverständlich bei der bloßen Gemeinschaft fehlt. Die Frage ist jedoch gerade, ob trotz dieses Unterschieds – neben anderen Verschiedenheiten – eine analoge Anwendung möglich ist. Sie damit zu beantworten, es bestünde eben ein Unterschied hinsichtlich des Zwecks, heißt, die Erörterung auf den Ausgangspunkt zurückzuführen. Eine Begründung kann dies nicht darstellen.

Auch die Rspr. des BGH zur Bruchteilsgemeinschaft steht daher einer Übertragung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft auf die Wohnungseigentümergeinschaft nicht im Wege. Das bedeutet, daß eine ex tunc wirkende Anfechtung ausgeschlossen ist.

### 3. Unauflösbarkeit der faktischen Wohnungseigentümergeinschaft?

Nach § 11 WEG ist die Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich unauflöslich. Es fragt sich daher, ob das auch für eine mangelhaft zustande gekommene Wohnungseigentümergeinschaft gilt, ob also auch eine ex tunc wirkende Anfechtung entfällt. In der Literatur<sup>19)</sup> wird diese Frage bejaht; nach dieser Ansicht tritt bei der Wohnungseigentümergeinschaft dieselbe Wirkung ein wie bei den Kapitalgesellschaften, wo „Gründungs-mängel“ in der Regel keine Auflösungs-möglichkeit zur Folge haben.<sup>20)</sup> Dieser Auffassung kann nur dann gefolgt werden, wenn zwingende Interessen der Wohnungseigentümer oder Dritter eine solche Lösung erfordern und keine höherwertigen Interessen hierbei verletzt werden.

18) Bärmann, Einl. S. 136; Diester, § 3 Rdnr. 18 a.

19) Bärmann, Einl. S. 157; AcP 155, 1/16; Staudinger/Ring, § 3 Rdnr. 8; Palandt/Hoche, § 11 WEG Anm. 2.

20) Schilling in Hachenburg, GmbHG, 1. Band, 6. Aufl., 1956, § 2 Anm. 36; Scholz, GmbHG, 4. Aufl., 1960, § 2 Rdnr. 24 für die GmbH; Baumbach/Hueck, AktG, 11. Aufl., 1961, § 216 Anm. 1 m. w. N. für die AG.

Betrachtet man zunächst die Belange der Wohnungseigentümer, so erkennt man, daß es für manchen von ihnen schmerzlich sein mag, das Sondereigentum an der Wohnung wieder zu verlieren und sich mit einfachem Miteigentum begnügen zu müssen; dasselbe Risiko läuft er jedoch, wenn er ein Haus käuflich zu Alleineigentum erwirbt oder eine Wohnung mietet, und der Vertrag sich nachher als nichtig oder anfechtbar herausstellt. Auch dort ist er auf bloße Schadensersatzansprüche angewiesen. Zwingende Interessen der Wohnungseigentümer sprechen also nicht für die Annahme einer unauflösbaren Wohnungseigentümergeinschaft.

Hinsichtlich der Interessen Dritter ist zu unterscheiden: Die Rechtsstellung der lediglich schuldrechtlichen Gläubiger (z. B. der Bauhandwerker) ändert sich durch den Wegfall des Wohnungseigentums nicht.<sup>21)</sup> Die bisherigen Schuldner haften weiter. Für die Grundpfandgläubiger ist der Schutz, den das Grundbuch bietet, vollkommen ausreichend. Gemäß § 892 BGB muß ihnen gegenüber das Wohnungseigentum als fortbestehend gelten.<sup>22)</sup> Das hat zur Folge, daß sich ihr Grundpfandrecht rein gegenständlich auf die Mietzinsforderungen und Versicherungsforderungen, die hinsichtlich der früheren Sondereigentumsräume entstehen, erstreckt.<sup>23)</sup> Sie haben die Befugnis, die Zwangsvollstreckung zu betreiben; durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung wird für den Ersteigerer Wohnungseigentum begründet.<sup>24)</sup> Praktisch mindert dies den Wert der Auflösbarkeit erheblich. Es besteht jedoch kein Anlaß, deshalb die Auflösung der faktischen Wohnungseigentümergeinschaft ganz auszuschließen. Auch die Interessen Dritter fordern somit nicht die Unauflösbarkeit der Wohnungseigentümergeinschaft.

Die Belange der Miteigentümer verlangen im Gegenteil oft gerade ein Loskommen vom Vertrag. Wurde etwa durch Vereinbarung die Pflicht zum Aufbau des Gebäudes zum Inhalt des Wohnungseigentums gemacht,<sup>25)</sup> so könnte es den finanziellen Ruin eines gegen seinen Willen in die Wohnungseigentümergeinschaft Hineingeratenen bedeuten, wenn er infolge der Unauflösbarkeit der Gemeinschaft zur Erfüllung dieser Pflichten gezwungen wäre.

Auch rechtsdogmatisch befriedigt diese Lösung mehr. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft hat nur die Bedeutung, daß eine auf mangelhafter Vertragsgrundlage beruhende, aber in Funktion getretene Gesellschaft bis

21) Schultze-v. Lasaulx in Soergel/Siebert, § 755 Rdnr. 1.

22) KG, OLGE 46, 62; Palandt/Hoche, § 892 Anm. 4 b, für den Fall, daß ein beschränktes dingliches Recht an einer Grundschuld gutgläubig erworben wird.

23) Es kommt nicht darauf an, wer die Verträge abschließt. So unterliegen nach RGZ 68, 10/13 der Hypothekenhaftung nach § 1123 BGB auch Mietzinsforderungen aus Verträgen, die vom Eigenbesitzer oder Nießbraucher abgeschlossen wurden. § 1127 BGB bezieht den Eigenbesitzer ausdrücklich ein.

24) Wohnungseigentum und einfaches Miteigentum bestehen in diesem Fall gleichzeitig am selben Gebäude. Vgl. dazu im einzelnen unten III 3, 4.

25) BayObLG, NJW 1957, 753; Palandt/Hoche, § 10 WEG Anm. 2a.

zur Offenkundigkeit des Mangels wie eine durch wirksamen Vertrag zustande gekommene behandelt wird.<sup>26)</sup> Nur aus Rechtssicherheitsgründen erfordert die Geltendmachung des Mangels bei der oHG eine Gestaltungs- klage nach § 133 HGB,<sup>27)</sup> während man sich bei der BGB-Gesellschaft mit einer einfachen Anfechtungs- oder Kündigungserklärung begnügt.<sup>28)</sup> Lediglich das unerkannt Fehlerhafte wird dem fehlerfrei Zustande gekommenen gleichgesetzt. Überträgt man diese Grundsätze auf die Wohnungseigentü- mersgemeinschaft, ergibt sich, daß sie zwar bis zur Aufdeckung des Mangels nach § 11 WEG unauflösbar ist, nach Aufdeckung desselben jedoch einer Auflösung nichts mehr im Wege steht.

#### 4. Rechtsfolgen der entsprechenden Anwendung der Regeln über die faktische Gesellschaft

Jeder Wohnungseigentümer, dessen Erklärung beim Abschluß des Ver- trages nach § 3 WEG mit Willensmängeln behaftet war, kann seine Erklä- rung anfechten. Diese Anfechtung hat jedoch nur Wirkung ex nunc. Sie führt zum Wegfall des Wohnungseigentums und zur Neuentstehung von einfachem Bruchteilseigentum. Sonstiges gemeinsames Eigentum, wie ge- meinsam gezogene Nutzungen, wird ebenfalls zu Bruchteilseigentum, über das jederzeit eine Auseinandersetzung erfolgen kann.

Bei Irrtum ist der Anfechtende nach § 122 BGB zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet; bei Täuschung und Drohung besteht eine Schadens- ersatzpflicht des Täuschenden oder Drohenden aus unerlaubter Handlung und aus culpa in contrahendo.

#### 5. Rechtsfolgen bei Mitwirkung eines Geschäftsunfähigen

Hat ein Geschäftsunfähiger bei der Begründung von Wohnungseigentum mitgewirkt, können die Grundsätze über die faktische Gesellschaft nach überwiegender Ansicht keine Anwendung finden.<sup>29)</sup> Es ist also von Anfang an kein Wohnungseigentum entstanden. Die konsequente Anwendung der §§ 104 ff. BGB darf jedoch dem Geschäftsunfähigen nicht zum Nachteil ge- reichen. Bei der faktischen Gesellschaft wird daher die Ansicht vertreten, den Minderjährigen träfen zwar keine Pflichten, er könne aber durchaus Rechte geltend machen, wenn er etwa in der Gesellschaft mitgearbeitet habe.<sup>30)</sup> Dasselbe ist hier anzunehmen, wenn er etwa erhebliche Mittel zur

26) Beachte die entspr. Formulierung in RGZ 165, 193/204; BGHZ 17, 160/167; sowie bei Fischer, NJW 1955, 849/852.

27) BGHZ 3, 285.

28) Palandt/Gramm, § 705 Anm. 3 d; Schultze-v. Lasaulx in Soergel/Siebert, § 705 Rdnr. 67.

29) Für die oHG: RGZ 145, 155/159; BGHZ 17, 160/165; Hueck, Recht der oHG, 2. Aufl., 1951, S. 55; a. A. Schlegelberger/Gebler, HGB, 2. Bd., 4. Aufl., 1963, § 105 Rdnr. 62 k; für das Wohnungseigentum wie hier ausdrücklich Diester, § 3 Rdnr. 18 a; Staudinger/Ring, § 3 Rdnr. 7; a. A. Bärmann, der in Einl. S. 159 auch den Geschäftsunfähigen Wohnungseigen- tümer werden läßt.

30) Fischer, NJW 1955, 849/851; Ganßmüller, NJW 1955, 1067; Hueck, oHG, S. 56 oben; Schlegelberger/Gebler, § 105 Rdnr. 62 k; Staudinger/Kebler, Bd. II, 4. Teil, 11. Aufl., 1958, § 705 Rdnr. 128; dahingestellt in BGHZ 17, 160/167.

Errichtung oder Unterhaltung des Gebäudes beigesteuert hat. Dem kann am besten in der Weise Rechnung getragen werden, daß der gesetzliche Vertreter die Möglichkeit erhält, von den übrigen den Abschluß eines neuen Vertrages nach § 3 WEG unter Einschluß des Geschäftsunfähigen zu ver- langen.

### III. Die Mitwirkung von Nichtberechtigten

Beispiel: A, B und C haben Miteigentum an einem Grundstück zu je einem Drittel. C veräußert seinen Anteil an den geisteskranken X, dieser an den Y, der auch im Grundbuch eingetragen wird. A, B und Y vereinbaren nun Wohnungs- eigentum nach § 3 WEG in Unkenntnis darüber, daß C Miteigentümer geblieben ist. Haben A und B Wohnungseigentum erworben? Gilt dasselbe auch für Y? Wie ist die Rechtsstellung des C?

#### 1. Verfügungscharakter des Vertrages nach § 3 WEG

Bevor die sich hier ergebenden Fragen erörtert werden, soll die sachen- rechtliche Natur der Begründung von Wohnungseigentum durch Vertrag nach § 3 WEG dargestellt werden, um so die Entscheidung der Probleme zu erleichtern.

Wie bereits oben (unter II 1) ausgeführt, ist es Inhalt des Vertrages nach § 3 WEG, jedem Miteigentümer das Alleineigentum an bestimmten Räu- men zu verschaffen. Die Gewährung von Alleineigentum stellt für den ein- zelnen eine Erweiterung seiner Rechte auf Kosten der übrigen Miteigentümer dar. Eine Erweiterung insofern, als ihm das Alleineigentum an bestimmten Räumen gewährt wird, eine Beschränkung der Rechte der übrigen inso- weit, als sich deren Miteigentumsanteile nicht mehr auf seine Sondereigen- tumsräume erstrecken. Da jedoch auch für alle andern Miteigentümer Alleineigentum begründet wird, erfolgt gleichzeitig eine Einschränkung seiner Rechte, da sich sein Miteigentumsanteil nicht mehr auf die Sonder- eigentumsräume der übrigen erstreckt. Für jeden liegt also im Abschluß des Vertrages nach § 3 WEG sowohl eine Erweiterung als auch eine Beschrän- kung seiner Rechte.

Die Umwandlung von einfachem Miteigentum in Wohnungseigentum stellt somit für jeden Vertragspartner eine inhaltliche Änderung seiner Rechte dar,<sup>31)</sup> die man insgesamt wie eine Verfügung behandeln muß,<sup>32)</sup> obwohl herkömmlicherweise nur die Beschränkung, nicht die Erweiterung eines Rechts unter den Verfügungsbegriff fällt.<sup>33)</sup>

#### 2. Rechtsstellung der Beteiligten, von denen einer Nichtberechtigter ist

Wirkt nun, wie im obigen Beispielfall, ein Nichtberechtigter mit, so er- gibt sich folgende Rechtslage:

31) Ebenso Baur in Soergel/Siebert, 9. Aufl., 1960, § 3 WEG Rdnr. 1.

32) Ebenso im Ergebnis Bärmann, aaO, § 1 Anm. V c 3, § 3 Anm. 2; Hubernagel, WEG, 1952, § 4 Anm. 4 d.

33) Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil, 15. Aufl., 1960, § 143 Abs. 2 Fußn. 5; vgl. auch BGHZ 1, 294/304; Staudinger/Coing, BGB, 11. Aufl., Einl. vor § 104 Rdz. 68.

Für A und B könnte der Erwerb von Wohnungseigentum nur daran scheitern, daß die ja erforderliche Beschränkung des Miteigentumsanteils des C nicht erfolgte. Eine solche Beschränkung liegt jedoch auch ohne Mitwirkung des C vor, wenn die Erklärung des Y auch gegen C wirkt. Dies ist auf Grund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb der Fall. § 892 BGB ist zwar nicht anwendbar, da keine Veräußerung eines Rechts vorliegt. Wohl aber trifft § 893 BGB auf unseren Fall zu, da die Einräumung von Wohnungseigentum eine Verfügung auch über den Miteigentumsanteil des C darstellt, jedenfalls so zu behandeln ist. Sind also A und B gutgläubig gewesen, haben sie trotz der Nichtberechtigung des Y Wohnungseigentum erworben.<sup>34)</sup>

Anders stellt sich die Rechtslage für Y dar. Er konnte kein Wohnungseigentum erwerben, da es ihm schon an einem Miteigentumsanteil fehlte. Ohne einen solchen ist aber auch ein Sondereigentum an bestimmten Räumen nicht denkbar.<sup>35)</sup> Durch Vertrag nach § 3 WEG hat er aber auch kein Miteigentum erworben. Dafür fehlt jede Grundlage; außerdem würde hierbei der gute Glaube an das eigene Recht geschützt, eine Folge, die – abgesehen vom Fall der Ersitzung – unserem Recht fremd ist.

Aber auch für den wahren Berechtigten C ist kein Wohnungseigentum entstanden. Die Erklärungen des Y wirken nur so weit für und gegen ihn, als die Gutgläubensvorschriften reichen. Diese betreffen aber nur die Beschränkung seines Anteils durch das Wohnungseigentum von A und B, nicht seine Erweiterung durch die Einräumung des Sondereigentums für Y. Hinsichtlich der Erweiterung seiner Rechte liegt ein wie eine Verfügung zu behandelndes Rechtsgeschäft eines Nichtberechtigten vor, das ihm als dem Berechtigten gegenüber unwirksam ist. Der Berechtigte (C) hat aber die Möglichkeit, durch Genehmigung in Analogie zu § 185 Abs. 2 BGB dieses Rechtsgeschäft wirksam zu machen, so daß er selbst Wohnungseigentümer wird. Eine solche Lösung wird allen beteiligten Interessen gerecht; dem Berechtigten wird die ihm u. U. lästige Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft nicht aufgedrängt; andererseits hat er die Möglichkeit, die je nach Lage des Einzelfalles für ihn auch lohnende Stellung eines Wohnungseigentümers einzunehmen.

### 3. Nebeneinander von Wohnungseigentum und Miteigentum?

Verweigert der Berechtigte seine Genehmigung oder war einer der übrigen Miteigentümer bösgläubig,<sup>36)</sup> so ergibt sich die eigenartige Situation, daß am selben Gebäude Wohnungseigentum und einfaches Miteigentum

34) Ebenso im Ergebnis *Bärmann*, § 3 Anm. III 7; *Hubernagel*, § 3 Anm. 7; *Staudinger/Ring*, § 3 WEG Rdnr. 34.

35) Dies zeigt schon § 6 WEG. Ebenso *Bärmann*, § 6 Anm. II f., der einen isolierten gutgläubigen Erwerb des Sondereigentums zu Recht für unmöglich hält.

36) Wegen der Unanwendbarkeit des § 893 BGB erwirbt dieser kein Wohnungseigentum.

nebeneinander besteht. Dieselbe Rechtsfolge tritt auch in dem oben (II 3) angeführten Falle ein, wenn nach Beendigung der faktischen Wohnungseigentümergeinschaft ein Grundpfandgläubiger die Zwangsversteigerung betreibt und einem Dritten der Zuschlag erteilt wird.

Von zahlreichen Kommentaren<sup>37)</sup> wird ein solches Ergebnis als „unmöglich“ bezeichnet. Dabei ist aber wohl mehr an den Fall gedacht, daß sich der einfache Miteigentumsanteil noch auf die Sondereigentumsräume erstreckt, was hier ja nicht der Fall ist. Hier beschränkt sich das Recht des „einfachen Miteigentümers“ auf einen Anteil an dem allen Beteiligten gemeinschaftlichen Eigentum, da die Wohnungseigentümer mit Hilfe des § 893 BGB unbeschränktes Sondereigentum an ihren Räumen erworben haben. Ein derartiges Nebeneinander von Wohnungseigentum und einfachem Miteigentum ist zwar ungewöhnlich, ergibt sich aber zwingend aus den Gutgläubensvorschriften. Von ihnen abzuweichen besteht keine Veranlassung. Auch unklare Rechtsverhältnisse sind nicht zu besorgen, wie die unten (4.) darzustellende rechtliche Behandlung zeigt. Einfaches Miteigentum und Wohnungseigentum können daher durchaus nebeneinander am selben Gebäude bestehen, sofern sich das einfache Miteigentum nicht auf die Sondereigentumsräume erstreckt.

Der „einfache Miteigentümer“ hat wegen der Einbuße an Rechten, die er erlitten hat, einen Bereicherungsanspruch gegen die Wohnungseigentümer. Durch die ihm gegenüber insoweit wirksame Verfügung des Nichtberechtigten (Y) hat dieser in der Regel nichts erlangt. Die Wohnungseigentümer sind jedoch insofern bereichert, als sich das Recht des einfachen Miteigentümers nicht mehr auf ihr Sondereigentum erstreckt. Da ihrer Bereicherung keine Gegenleistung gegenübersteht, liegt eine unentgeltliche Vermögensverschiebung vor; § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB, der einen „Durchgriff“ auch gegen den gutgläubigen Erwerber gestattet, ist anwendbar. Eine direkte Rückgewähr des Erlangten, d. h. also ein Wiederauflebenlassen des Miteigentums an den Wohnräumen kommt nicht in Frage, da sonst Miteigentum und Wohnungseigentum gleichzeitig an denselben Räumen bestünden, was nach allg. Ansicht<sup>38)</sup> ausgeschlossen ist. Es ist daher nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Seine Höhe richtet sich nach der Wertminderung, die das einfache Miteigentum, und nach der Werterhöhung, die das in Wohnungseigentum umgewandelte Miteigentum erfahren hat.

### 4. Die rechtliche Behandlung der „Wohnungseigentümer-Miteigentümer-Gemeinschaft“

a) Vor der Aufdeckung der Nichtberechtigung wird man die Gemeinschaft nach dem WEG behandeln müssen. Die Grundsätze über die

37) *Diester*, § 3 Rdnr. 10; *Pritsch* in RGRK, § 3 WEG Bem. II 2; *Staudinger/Ring*, § 3 Rdnr. 15; *Weitnauer/Wirths*, § 3 Rdnr. 6; a. A. für den hier vorliegenden Fall *Hubernagel*, § 3 Anm. 7a.

38) Vgl. Fußn. 2.

faktische Gesellschaft sind auch hier anwendbar. Vereinbarungen und Beschlüsse sind daher gültig, der scheinbare Wohnungseigentümer muß sich wie ein wirklicher Wohnungseigentümer behandeln lassen.

b) Nach der Aufdeckung der wahren Rechtslage bleibt fraglich, ob auf die Gemeinschaft die §§ 741 ff. BGB oder die §§ 10 ff. WEG anwendbar sind. An sich wäre es naheliegend, hier darauf abzustellen, ob das Wohnungseigentum oder das einfache Miteigentum anteilmäßig überwiegt, und je nachdem auf die ganze Gemeinschaft die §§ 10 ff. WEG oder die §§ 741 ff. BGB anzuwenden. Damit würde man jedoch den Interessen der Wohnungseigentümer nicht gerecht. Diese haben ihr Wohnungseigentum gutgläubig oder durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben; Gegenstand ihres Erwerbs war dabei nicht nur das reine Sondereigentum verbunden mit dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum, sondern auch die mitgliedschaftliche Rechtsstellung, die das WEG dem einzelnen Wohnungseigentümer gewährt.<sup>39)</sup> Das bedeutet, daß sich ihre Rechtsstellung ausschließlich nach WEG richten muß. Dies gilt für Rechte und Pflichten nach §§ 13, 14 WEG wie für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach §§ 20 ff. WEG. Auch die einfachen Miteigentümer unterliegen daher grundsätzlich diesen Vorschriften, jedenfalls soweit es zum Schutze der Wohnungseigentümer erforderlich ist. Sie können daher wegen § 11 WEG nicht die Auseinandersetzung verlangen. Dafür können sie die Entziehungsklage nach § 18 WEG erheben. Den Wohnungseigentümern wird man allerdings das Recht geben müssen, von den einfachen Miteigentümern die Auseinandersetzung nach § 749 Abs. 1 BGB zu verlangen. Dieses Recht kann freilich nur von allen Wohnungseigentümern gemeinsam ausgeübt werden, da nach § 11 WEG kein Wohnungseigentümer gegen seinen Willen im Wege der Auseinandersetzung seines Wohnungseigentums verlustig gehen darf. Es findet seine Rechtfertigung darin, daß § 11 WEG eine Schutzvorschrift zugunsten der Wohnungseigentümer ist, deren Rechte auf die Miteigentümer auszudehnen. Nicht anwendbar auf die einfachen Miteigentümer sind ferner Vorschriften, die notwendigerweise Sondereigentum voraussetzen, wie § 13 WEG, der die Rechte aus dem Sondereigentum, und § 14 WEG, der die Pflichten aus demselben normiert.

Grundbuchrechtlich kommt für die einfachen Miteigentümer die Anlegung eines besonderen Grundbuchblatts nach § 7 Abs. 1 Satz 1 WEG nicht in Frage. Der in § 7 Abs. 1 Satz 2 WEG vorgeschriebene Inhalt der Eintragung stellt entscheidend auf das Sondereigentum ab. Außerdem würde durch ein Wohnungsgrundbuch fälschlicherweise der Eindruck erweckt, es sei Wohnungseigentum gegeben. Der Miteigentumsanteil ist daher auf dem

39) Dazu eingehend *Bärmann*, § 1 Anm. I, der von einer „Trinität“ aus Miteigentum, Sondereigentum und mitgliedschaftlicher Rechtsstellung spricht.

Grundbuchblatt des Grundstücks einzutragen, das nötigenfalls wieder eröffnet werden muß. Bei der Eintragung ist zu vermerken, daß das Miteigentum durch das Sondereigentum der Wohnungseigentümer beschränkt ist.<sup>40)</sup>

Den einfachen Miteigentümern steht es frei, mit den Wohnungseigentümern Wohnungseigentum auch für sich zu vereinbaren. Dadurch würden sämtliche Schwierigkeiten umgangen.

#### 5. Nichtberechtigung aller Beteiligten

Waren beim Abschluß eines Vertrages nach § 3 WEG sämtliche Beteiligten Nichtberechtigte, so ist kein Wohnungseigentum entstanden, da keiner das unbedingt erforderliche Miteigentum besaß. Bis zur Aufdeckung der Mangelhaftigkeit der Begründung sind die Regeln über die Wohnungseigentümergeinschaft entsprechend anzuwenden. Auch hier liegt ein Anwendungsfall des „faktischen Wohnungseigentums“ vor.

#### 6. Ein praktisch wichtiger Sonderfall

Beispiel: X veräußert sein Grundstück an A, B und C, die Bruchteilseigentum zu je  $\frac{1}{3}$  erwerben. Gleichzeitig mit der Entgegennahme der Auflassung vereinbaren A, B und C Wohnungseigentum nach § 3 WEG. C wurde bei beiden Verträgen über die Beschaffenheit des Grundstücks arglistig getäuscht und ficht deshalb an.

In diesem Fall wurde C durch die Anfechtung zum Nichtberechtigten; gleichzeitig war jedoch auch seine Erklärung nach § 3 WEG anfechtbar. Das bedeutet, daß gutgläubiger Erwerb des Wohnungseigentums durch A und B ausgeschlossen ist, da hierfür eine wirksame Erklärung des Nichtberechtigten erforderlich ist. Bis zur Anfechtungserklärung besteht eine faktische Wohnungseigentümergeinschaft unter Einschluß des C; nachher besteht einfaches Bruchteilseigentum, wobei statt des C der X mit  $\frac{1}{3}$  beteiligt ist, da er wegen der Anfechtung des C insoweit Eigentümer geblieben ist.

#### IV. Andere „Gründungsmängel“

1. Formmängel, wie etwa das Fehlen der Auflassungsform, führen nach § 125 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags. Es ist jedoch anzunehmen, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit, während der die Gemeinschaft „in Funktion getreten“ ist, die Berufung auf einen Formmangel gegen Treu und Glauben verstoßen würde.<sup>41)</sup>

2. Bei den wohl selten vorkommenden Verstößen gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot ist nach § 134 BGB Nichtigkeit des ganzen Vertrages ohne Heilungsmöglichkeit anzunehmen.

3. Häufig bilden die Wohnungseigentümer neben der Gemeinschaft nach §§ 10 ff. WEG eine BGB-Gesellschaft, die die Zusammenarbeit aller

40) So *Hubernagel*, § 3 Anm. 7a.

41) Bei der GmbH wird sogar die Heilung von Formmängeln durch die Eintragung bejaht; vgl. *Scholz*, aaO, § 2 Rdnr. 24 m. w. N. Dies kann hier nicht gelten, da sonst die Auflassungsform praktisch gegenstandslos würde.

beim Aufbau des Gebäudes sichern soll. Bei Gründungsmängeln ist diese mit Wirkung ex nunc auflösbar. Dies bestätigt wieder die oben getroffene Feststellung, daß auch die mangelhaft begründete Wohnungseigentümergeinschaft mit Wirkung ex nunc auflösbar ist. Wäre es anders, würden unentrinnbare Widersprüche zwischen den Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag und aus dem Wohnungseigentümervertrag entstehen. Mit *Bärmann*<sup>42)</sup> auch die BGB-Gesellschaft für unauflösbar zu halten, ist weder interessengerecht noch aus dem Gesetz zu begründen.

4. Auch das der Einräumung von Wohnungseigentum zugrunde liegende Kausalgeschäft kann unabhängig vom Wohnungseigentümervertrag mangelhaft sein. Die Mangelhaftigkeit dieses Vertrags, an dem notwendigerweise alle Miteigentümer beteiligt sind, soll nach *Bärmann*<sup>43)</sup> nie zu einer Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft führen können. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Nichtigkeit des Grundgeschäfts führt dazu, daß jeder Wohnungseigentümer gegen jeden andern einen Bereicherungsanspruch hat, der auf die Rückgängigmachung der durch die Sondereigentumseinräumung entstandenen Vermögensverschiebungen gerichtet ist. Rechte Dritter dürfen dabei allerdings nicht tangiert werden; zur Aufhebung des Wohnungseigentums bedarf es gemäß § 876 BGB ihrer Zustimmung, die häufig nicht erteilt werden wird. In diesem Fall ist eine Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach § 818 Abs. 1 BGB nicht mehr möglich.<sup>44)</sup> Dafür ist Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zu leisten. Die Höhe der Bereicherung besteht hier in der Differenz zwischen dem Wert des Miteigentumsanteils und des Wohnungseigentums. Eine solche Differenz kann, muß aber nicht bestehen.

#### V. Begründung von Wohnungseigentum durch Teilungserklärung nach § 8 WEG

Nach § 8 WEG hat jeder Grundstückseigentümer die Möglichkeit, durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt im Rahmen des § 3 Abs. 2 WEG eine beliebige Zahl von Wohnungseigentumsrechten zu begründen. Mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher gelangt das Wohnungseigentum zur Entstehung.

Die Rechtslage bei Gründungsmängeln ist hier erheblich unkomplizierter. Einer rückwirkenden Anfechtung der Teilungserklärung steht nichts im Wege, obwohl sie von verhältnismäßig geringer Bedeutung ist, da der Wohnungseigentümer mit Wirkung ex nunc die Teilung wieder rückgängig machen kann.<sup>45)</sup> Hat ein Nichtberechtigter die Teilungserklärung abgegeben, ist kein Wohnungseigentum entstanden.

42) S. 157/158.

43) S. 158.

44) Dies gälte auch dann, wenn man entgegen der h. L. mit *Baur*, Sachenrecht, 1960, § 19 D II 3, und *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb., 1957, § 39 IV, die Aufhebung eines belasteten Rechts nur als relativ (dem Grundpfandgläubiger gegenüber) unwirksam ansähe.

45) *Staudinger/Ring*, § 8 WEG Rdnr. 11.

Dritte sind durch das Grundbuch geschützt. Wurde ein scheinbares Wohnungseigentum an einen Gutgläubigen veräußert, so ist diese Verfügung gemäß § 892 BGB wirksam. Das hat zur Folge, daß Wohnungseigentum und einfaches Miteigentum nebeneinander bestehen. Die Tatsache, daß sich diese Konsequenz zwingend aus den Gutgläubensvorschriften ergibt, bestätigt erneut die oben vertretene These, daß am selben Gebäude einfaches Miteigentum und Wohnungseigentum bestehen können, sofern sich das Miteigentum nicht auf die Sondereigentumsräume erstreckt.