

Stellungnahme zur geplanten Änderung des WEG

– Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub –

vorgelegt zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags
am 18. September 2006

I. Zum Gesetzgebungsverfahren

Die Bemühungen zur Reform des WEG erstrecken sich nunmehr über mehr als zwei Jahre. Im Jahr 2004 hatte die Bundesregierung einen ersten Gesetzesentwurf zur Novellierung des WEG vorgelegt, der – abgesehen von der Kodifizierung zahlreicher Einzelfragen – drei Schwerpunkte hatte:

- Zur Erleichterung der Willensbildung in der Gemeinschaft, die stets Einstimmigkeit verlangt, sofern nicht das Gesetz oder die Vereinbarung Mehrheitsbeschlüsse zulassen, wurden die gesetzlichen Beschlusskompetenzen der Eigentümerversammlung dort erweitert, wo nach Ansicht des Gesetzgebers ein praktisches Bedürfnis hierfür bestand. Dies begleitend sollten die Möglichkeiten der Wohnungseigentümer verbessert werden, sich über Beschlüsse zu informieren, indem eine verbindliche Beschlusssammlung beim Verwalter eingeführt werden sollte.
- Wohnungseigentumsachen sollten nicht länger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern im Verfahren nach der ZPO geführt werden.
- Für Hausgeldforderungen wurde ein begrenztes Vorrecht in der Zwangsversteigerung durch eine Änderung der dortigen Rangklassen geschaffen.

Wegen formaler Widersprüche und inhaltlichen Unzulänglichkeiten war dieser erste Regierungsentwurf der heftigen Kritik zahlreicher Experten ausgesetzt. Die kritischen Ansätze wurden zusammengeführt in den Gesprächen über die Reform des WEG, die Anfang 2005 an der Universität Potsdam geführt wurden. Der Gesetzgeber hat die kritischen Stimmen aufgegriffen und in einem zweiten verbesserten Gesetzes-

entwurf aus dem Jahr 2005 berücksichtigt. So wurde – um nur ein Beispiel zu nennen – die geplante Änderung von § 10 Abs. 3 WEG, wonach vereinbarungsändernde oder gesetzesabbedingende Beschlüsse gegenüber einem Sondernachfolger unwirksam sein sollten, wenn sie bei dessen Einsicht in die vom Verwalter zu führende Beschlussammlung nicht aufgenommen sind, vom Gesetzgeber nicht weiter verfolgt.

Der im Mai 2005 vorgelegte Gesetzesentwurf, in welchen die von der Fachöffentlichkeit geäußerte Kritik weitgehend eingearbeitet war, stellte sich als eine tragbare – wenn auch nicht immer sinnvolle – Regelung dar. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass das WEG schon zahlreichen Reformbestrebungen in den letzten Jahrzehnten erfolgreich widerstanden hat. Dies hatte seinen Grund nicht zuletzt in seinem rundum gelungenen gesetzgeberischen Konzept, das insbesondere auf einer sorgfältigen Abwägung von Gemeinschafts- und Individualinteressen beruht. Das WEG zeichnet auch ein hohes Maß an Abstraktion aus, die es den Anwendern in Praxis und Rechtsprechung in den letzten 50 Jahren ermöglichte, Einzelfälle einer sachgerechten Lösung zuzuführen. Fehlentwicklungen, die nicht durch die Rechtsprechung korrigiert worden wären, sind nicht erkennbar. Es darf somit nicht verkannt werden, dass jeder gesetzgeberische Eingriff im Ergebnis zu einem Verlust an Flexibilität führt und „gerechtere“ Einzelfalllösungen erschwert. Meine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Änderung des WEG, die ich schon gegenüber dem ersten Gesetzentwurf geäußert hatte, bestehen nach wie vor und wurden auch durch die Überarbeitung des ersten Reformvorschlages nicht ausgeräumt.

Eine Zäsur im Gesetzgebungsverfahren stellte der Beschluss vom 02.05.2005 dar, durch den der BGH Wohnungseigentümergeinschaften für rechtsfähig erklärt hat, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnehmen (BGH NJW 2005, 2061). Der Beschluß gilt als eine der wichtigsten gerichtlichen Entscheidungen seit Inkrafttreten des WEG im Wohnungseigentumsrecht (*Hügel* DNotZ 2005, 753) und ist mit erheblichen Auswirkungen für die Praxis verbunden. Mit ihm hat der BGH seine bislang ständige Rechtsprechung (BGHZ 78, 166, 172; 142, 290, 294) aufgegeben und sich im Anschluß an eine im Schrifttum vertretene Ansicht (*Bärmann*, NJW 1989, 1057, 1060; *Bub*, PiG 63 [2002], S. 1; *Derleder*, ZWE 2002, 193 u. 250; *Häublein*, in: FS. Wenzel, 2005 (= PiG Bd. 71), S. 175;

Kreuzer, ZWE 2002, 285; *Maroldt*, ZWE 2002, 387; *Pauly*, WuM 2002, 531; *Raiser*, ZWE 2001, 173; *Sauren*, PiG 63 [2002], S. 61; *Schwörer*, NZM 2002, 421) zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bekannt. Die lebhafte Diskussion in der Literatur, die besonders im Anschluß an die Entscheidung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 146, 341 [Versäumnisurteil – später bestätigt in NJW 2002, 1207]; dazu vor allem *Habersack*, BB 2001, 477; vgl. weiterhin *Pohlmann*, WM 2002, 1421; *Lessner/Klebeck*, ZIP 2002, 1385) aufgeflammt war, war damit an einem vorläufigen Endpunkt angelangt, ohne dass zugleich alle Details geklärt wären. Naturgemäß hat nämlich der Beschluss des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft neue Fragen aufgeworfen (*Häublein*, ZMR 2005, 557 f: „eine beträchtliche Zahl neuer ‚Rätsel‘“): Zu nennen sind hier nicht nur der für Vertragspartner der Gemeinschaft besonders wichtige Bereich von deren Haftungsverfassung (kritisch insoweit *Bork*, ZIP 2005, 1205; *Demharter*, ZWE 2005, 357 f.) oder die Frage der Zuordnung des Verwaltungsvermögens, die theoretisch noch nicht vollständig durchdrungen ist, sondern auch die Vertretung der Wohnungseigentümergeinschaft durch den Verwalter, etwa ihre Stellung im Prozess.

In seiner Stellungnahme vom 8. Juli 2005 hat der Bundesrat die Bundesregierung gebeten zu überprüfen, ob die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft Änderungen der beabsichtigten Regelungen erforderlich mache. Er hat allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine grundlegende Reform des Wohnungseigentumsrecht nicht ohne ausführliche Prüfung der sich der Änderung der Rechtsprechung ergebenden Folgen verabschiedet werden sollte. Dessen ungeachtet hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung den bereits vorliegenden Gesetzesentwurf, der das Ergebnis langwieriger Beratungen war, erheblich modifiziert und die sich aus der Teilrechtsfähigkeit ihres Erachtens ergebenden Rechtsfolgen insbesondere im Bereich der Haftungsverfassung (hierzu unter II), dem Verwaltungsvermögen sowie der Vertretung der Gemeinschaft durch den Verwalter (hierzu unter III) einer gesetzlichen Kodifikation zugeführt.

Dieses Verfahren verdient schärfste Kritik. Dies betrifft weniger die grundsätzlich zu bejahende Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft als vielmehr die hieraus gezogenen Rechtsfolgen. Der nunmehr vorliegende Gesetzesentwurf will Probleme lösen, bevor

repräsentative praktische Erkenntnisse hierzu gewonnen wurden und bevor die Rechtswissenschaft versucht hat, diese zu durchdringen. Die von der Bundesregierung angeregten Ergänzungen des Gesetzesentwurfs betreffen und regeln nur einen Bruchteil der Fragen, welche die Teilrechtsfähigkeit noch aufwerfen wird. Die vom Bundesrat geforderte ausführliche Prüfung ist bislang nicht erfolgt. Prof. Merle hat im Editorial zu Heft 9/2006 der ZWE, das ich als Anlage beifüge, zurecht darauf hingewiesen, dass angesichts der kurzen Zeit seit der Entscheidung des BGH weder in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine umfassende Diskussion über die Konsequenzen der Teilrechtsfähigkeit in Gang gekommen ist, zumal sich die Rechtsprechung ohnehin nur mit Detailfragen, nicht aber mit der Grundkonzeption einer Regelung der Wohnungseigentümergeinschaft auseinandersetzen kann. Da zahlreiche Folgeprobleme noch gar nicht erkannt worden sind, sei es für eine gesetzliche Regelung angesichts der erst am Anfang stehenden Diskussion viel zu früh.

Ich teile diese Kritik in vollem Umfang. Eine ausdrückliche Regelung der Rechtsfolgen der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht nur überflüssig, sondern kontraproduktiv, da sie die in der Praxis tatsächlich auftretenden Probleme, die sich erst künftig zeigen werden, verdeckt. Das nunmehr vorliegende „Reformpaket“ ist in seinen Ergänzungen ein klassischer „Schnellschuss“ ohne eine vorangegangene, bei Änderungen dieser Tragweite erforderliche langjährige Diskussion in Rechtswissenschaft und Praxis zu den aus der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft resultierenden Problemen, um die dogmatische Grundkonzeption einer rechtsfähigen Eigentümergeinschaft allererst zu erarbeiten. Zurecht zieht Prof. Merle eine Parallele zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Rechtsfähigkeit der BGH schon im Jahr 2001 bejaht hat, ohne dass bislang der Gesetzgeber tätig geworden wäre. Er hat die Erkennung und Lösung der Probleme der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, ohne dass dies zu irgendwelchen Defiziten geführt hätte. Gleiches sollte auch für die Wohnungseigentümergeinschaft gelten.

Im Weiteren werde ich nicht zu den in der Fachöffentlichkeit bereits ausführlich diskutierten Teilen der Reform – insbesondere den Erleichterungen in der Willensbildung der Wohnungseigentümer sowie der Abgrenzung zwischen Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung und baulichen Veränderungen – sondern lediglich

zu jenen Teilen der Reform Stellung nehmen, die durch die Entscheidung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit veranlasst wurden.

II. Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft

Während nach früher ganz h.M. in Literatur und Rechtsprechung alle Wohnungseigentümer für Verwaltungsschulden im Außenverhältnis im Zweifel gem. §§ 421, 427 BGB unbeschränkt als Gesamtschuldner hafteten (BGHZ 67, 232, 235 u. NJW 1977, 1686 [jeweils z Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen]; ZMR 1992, 167, 169; BVerwG NJW-RR 1999, 972 [z Schornsteinfegergebühren]; BayObLG NJW-RR 1987, 1038; WE 1992, 207 f; OLG Hamm ZMR 1997, 377, 379; Häublein ZWE 2004, 48, 52; Wenzel ZWE 2005, 13, 18 f), wenn nicht eine anteilige Haftung vereinbart (BGH ZMR 1978, 81 f) oder gesetzlich angeordnet ist, hat der BGH in der genannten Entscheidung seine bisherige Auffassung aufgegeben und hält die teilrechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft **allein für verpflichtet**, Verwaltungsschulden mit ihrem Verwaltungsvermögen zu erfüllen; daneben komme als Folge der Teilrechtsfähigkeit eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft nicht kraft Gesetzes, sondern nur in Betracht, wenn sie sich neben der Wohnungseigentümergeinschaft *klar und eindeutig* auch persönlich verpflichtet hätten (BGH NJW 2005, 2061, 2066 f). Eine analoge Anwendung des § 128 HGB scheitere am Fehlen einer Gesetzeslücke; der Gesetzgeber habe eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer vielmehr als unzumutbar angesehen (BT-Drucks 1/252, 13, 29). Ein allgemeiner verbandsrechtlicher Grundsatz, dass neben dem Personenverband auch dessen Mitglieder haften, existiere nicht.

Soweit der Verwalter die Wohnungseigentümergeinschaft vertrete, könne er zugleich nur die Wohnungseigentümer persönlich verpflichten, die ihn einzeln dazu bevollmächtigt haben, da die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer nicht die Begründung von persönlichen Leistungspflichten umfasse (Wenzel, NZM 2004, 542 f; Abramenko, ZMR 2005, 585, 589), die auf persönlicher Haftungsübernahme oder auf Gesetz – wie z.B. in §§ 124 Abs 1, 161 Abs 2 HGB – beruhen könne (BGH NJW 2005, 2061, 2066 f). Die Gläubiger seien durch die Verpflichtung aller Wohnungseigentümer, der Wohnungseigentümergeinschaft die im Rahmen ihres Finanz- und

Rechnungswesens zur Erfüllung aller ihrer Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel zu beschaffen (so schon *Briesemeister*, in: FS Deckert [2002] 31, 38), und die Grundsätze der gesamtschuldnerischen Durchgriffshaftung gem. §§ 826, 840 BGB für den Fall der unzureichenden Kapitalausstattung hinreichend geschützt (BGH NJW 2005, 2061, 2067 f).

Die Bundesregierung hat als Konsequenz hieraus den bisherigen Gesetzesentwurf um § 10 Abs. 8 WEG ergänzt, der eine Teilschuld der Wohnungseigentümer im Außenverhältnis für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft, die während ihrer Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstanden oder fällig geworden sind, je nach Größe ihrer Miteigentumsanteile vorsieht. Diese Einführung der Teilschuld ist fraglos geprägt von rechtspolitischen Erwägungen: Die Rechtsprechung des BGH stelle einen Gläubiger der Gemeinschaft vor hohe, nach Auffassung mancher Kritiker (*Armbrüster*, ZWE 2005, 369; *Bork*, ZIP 2005, 1205, 1207 ff; *Lüke*, ZfIR 2005, 516) unüberwindbare praktische Hindernisse bei der Durchsetzung seiner Forderung. Eine effektive Vollstreckung sei danach nur gewährleistet, wenn das Verwaltungsvermögen ausreicht, um die Verbindlichkeit zu erfüllen. Andererseits soll der einzelne Wohnungseigentümer nicht existenzbedrohenden Haftungsrisiken ausgesetzt sein, weshalb auch die Kodifikation einer gesamtschuldnerischen Außenhaftung nicht in Betracht komme. Quasi als „Kompromißlösung“ schlägt der Gesetzesentwurf eine Teilschuld der Wohnungseigentümer im Außenverhältnis vor.

Diese Lösung ist abzulehnen. Die Einführung der Teilschuld wäre eine auf das Wohnungseigentumsrecht beschränkte Neuschöpfung des Gesetzgebers. Sie steht in Widerspruch zu dem im Gesellschaftsrecht allgemein gültigen Rechtssatz, dass die akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter zwingende Folge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft ist, soweit es sich nicht um eine juristische Person handelt (BGHZ 146, 341, 358 f; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 18 IV 2; *Bork*, ZIP 2005 f; hierzu tendierend *Lüke*, ZfIR 2005, 516 f). Dieses Prinzip ist wegen der strukturellen Vergleichbarkeit mit dem Personenverbandsrecht des BGB auch auf die Wohnungseigentümergeinschaft anzuwenden (*Bub*, PiG 63 [2002] 1, 23; *Derleder*, PiG 63 [2002] 29, 49; ebenso *Armbrüster*, in: FS Wenzel [2005] 85, 98; *Schwörer*, NZM 2002, 421, 425: Analoge Anwendung der §§ 128, 129 HGB; *Sauren*, PiG 63 [2002] 61, 69). Die vom V. Zivilsenat des BGH entworfene Haftungsverfas-

sung in der Wohnungseigentümergeinschaft bedarf somit der Korrektur, jedoch nicht durch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Teilschuldlösung, sondern – wie schon bisher – durch Normierung einer gesamtschuldnerischen, aber subsidiären Haftung.

Zuzustimmen ist dem BGH zunächst insoweit, als die Wohnungseigentümer jedenfalls persönlich haften, wenn sie nicht als Eigentümergemeinschaft, sondern persönlich auftreten (BGH NJW 2005, 2061, 2066). Dies kommt insbesondere bei Fehlen eines Verwalters in Betracht, wenn die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich im Rechtsverkehr auftreten. Demgegenüber ergibt sich schon aus dem Auftreten des Verwalters im Zweifel, dass dieser auch dann die Wohnungseigentümergeinschaft vertritt, wenn nicht diese, sondern die Wohnungseigentümer als Vertragspartner genannt werden, weil der Verwalter aufgrund einer durch Beschluß erteilten Vollmacht nur die Wohnungseigentümergeinschaft, nicht aber einzelne Wohnungseigentümer vertreten kann (BGH NJW 2005, 2061, 2068). Ist die Eigentümergemeinschaft wegen der ihr zuerkannten Teilrechtsfähigkeit aber allein Träger von Pflichten, so bedarf nach Auffassung des 5. Zivilsenats des BGH die persönliche Haftung der Wohnungseigentümer eines Schuldgrundes, der nicht aus dem Prinzip der Akzessorietät hergeleitet werden kann, nach dem das Verhältnis zweier Verbindlichkeiten zueinander geordnet wird; es setzt also eine persönliche Verpflichtung der Wohnungseigentümer voraus (BGH NJW 2005, 2061, 2066 f; *Hadding*, in: FS Raiser [2005] 129, 140 f; *Beuthien*, NJW 2005, 855, 858).

Dieses Problem stellt sich bei der Wohnungseigentümergeinschaft in gleicher Weise wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dort hat der II. Zivilsenat des BGH, der die persönliche Haftung der Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft für sämtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten *im Modell der akzessorischen Haftung angelegt* sieht, die Anwendbarkeit des § 128 HGB nicht auf eine Analogie gestützt (so aber MünchKomm/*Ulmer*, Komm. z. BGB, 4. Aufl., § 714 BGB Rz, 36), sondern zutreffend auf den genannten Rechtssatz, dass die akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter zwingende Folge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ist. Da kein Grund dafür ersichtlich ist, dass dieser Rechtssatz allein bei der BGB-Gesellschaft, nicht aber bei der Wohnungseigentümergeinschaft gelten soll – in beiden Fällen trifft die Mitglieder der Gemeinschaft das Haf-

tungsrisiko –, verbleibt es bei dem bisherigen Haftungsmodell, wofür insbesondere die Interessenlage und der Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs hierauf streitet. Das potentiell hohe Risiko der gesamtschuldnerischen Haftung – insbesondere bei großen Wohnanlagen – kann von den Wohnungseigentümern zwar nicht durch die Auswahl der Miteigentümer, wohl aber durch die Anweisung an den Verwalter begrenzt werden, grds. die teilschuldnerische Haftung zu vereinbaren oder im Einzelfall die Haftung der Wohnungseigentümer durch Beschränkung der Haftung auf das Verwaltungsvermögen ganz auszuschließen.

Für die akzessorische Haftung der Wohnungseigentümer streitet schließlich auch das Fehlen von auch im Außenverhältnis verbindlichen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln; ohne eine solche würden Vertragspartner der Wohnungseigentümergeinschaft – so eine nahe liegende, in der Praxis nicht bestätigte Annahme in der Literatur – kaum bereit sein, ohne Voraus- oder Sicherheitsleistung mit dieser zu kontrahieren (*Armbrüster*, in: FS Wenzel [2005] 85, 98). Demgegenüber zwingt die Teilschuldlösung den Gläubiger nicht nur dazu, den jeweiligen Haftungsanteil des einzelnen Wohnungseigentümers nach seiner Beteiligungsquote zutreffend zu ermitteln, sondern insbesondere in großen Wohnanlagen mit zahlreichen nur jeweils gering beteiligten Wohnungseigentümern u.U. auch zu einer Vielzahl von Prozessen, um vollständige Befriedigung zu erlangen. Dem Rechtsverkehr dient das nicht.

Die Einführung einer Teilschuld würde im Übrigen einer nicht wünschenswerten Verselbständigung des Wohnungseigentumsrechts gegenüber dem übrigen Verbands- und Gesellschaftsrecht Vorschub leisten. Dies würde sogar in einem dogmatisch und praktisch besonders heiklen Punkt geschehen. Denn gerade hier ist der Einfluss des übrigen Verbandsrechts auf das Wohnungseigentumsrecht im Grundsatz willkommen; würde man ihn – wie im nun vorliegenden Gesetzesentwurf - beschneiden, so könnten diese Bereiche einander schwerlich wie bisher befruchten, da sie sich nunmehr im Hinblick auf tragende Strukturprinzipien voneinander unterscheiden würden.

Für diskussionsfähig halte ich die Anordnung der Subsidiarität der persönlichen, gesamtschuldnerischen Haftung, wenngleich nicht verkannt werden darf, dass auch dies dem Personenverbandsrecht bislang fremd ist.

III. Zur Vertretung der Wohnungseigentümer durch den Verwalter

Eine vergleichbare „Kompromißlösung“, die dogmatisch jedoch unausgereift ist und deutliche Schwächen erkennen läßt, schlägt der Gesetzesentwurf hinsichtlich der Stellung des Verwalters vor: Er soll zugleich Organ der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft wie auch Vertreter der Wohnungseigentümer sein. In der Literatur wurde bereits geändert, dass sich die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft auch auf die Rechtsstellung des Verwalters auswirkt; dem Verwalter komme zukünftig eine Zwitter- oder Doppelnatur zu (*Hügel*, DNotZ 2005, 753, 764), er sei nicht nur – wie schon bisher – Vertreter der Wohnungseigentümer, sondern auch Organ der rechtsfähigen Gemeinschaft.

Der Gesetzesentwurf übernimmt im neuen § 27 WEG diese Doppelstellung, indem er in § 27 Abs. 2 die Vertretungsmacht des Verwalters für die Wohnungseigentümer und in § 27 Abs. 3 die Vertretungsmacht des Verwalters für die Eigentümergeinschaft kodifiziert. Ich halte diese Regelung für übereilt. Dies nicht allein deshalb, weil in Literatur und Rechtsprechung die Rechtskreise der Eigentümergeinschaft und der einzelnen Wohnungseigentümer noch gar nicht herausgearbeitet und ausreichend gegeneinander konturiert sind (vgl. OLG München NZM 2005, 672 zu Abwehrensprüchen; NZM 2006, 106 zu Beseitigungsansprüchen; NZM 2006, 110 zu Schadensersatzansprüchen). Eine solche Abgrenzung durch Wissenschaft und Praxis wäre vor einer Gesetzesnovelle insbesondere unter dem Gesichtspunkt erforderlich, dass die Immobilie selbst nicht zum Verwaltungsvermögen des Verbandes gehört, weshalb z.B. der DAV in seiner Stellungnahme die Frage aufwirft, warum zwingend der rechtsfähige Verband Vermieter gemeinschaftlichen Eigentums sein soll. Diese Klärung wäre aber geboten, **bevor** eine Gesetzesänderung neue Fragen aufwerfen kann. Eine Novellierung des WEG müsste aber vor allem auch zum Anlass genommen werden, die Stellung des Verwalters im Kompetenzgefüge der Eigentümergeinschaft neu zu bestimmen und seine Stellung als **im Außenverhältnis unbeschränktes Organ der Gemeinschaft** auszugestalten. Demgegenüber wird im Gesetzesentwurf seine „Zwitterstellung“ zwischen Organ und Vertreter lediglich fortgeschrieben.

In Literatur und Rechtsprechung unbestritten ist zwar, dass der Verwalter notwendiges Vollzugsorgan der Gemeinschaft ist (BGHZ 106, 222, 226; NJW 2003, 1393; BayObLG ZWE 2005, 81, 83; KG OLGZ 1976, 266, 269; OLG Düsseldorf ZMR 2001, 217; *Bärmann/Pick/Merle*, Komm. z. WEG, 9. Aufl., § 20 Rz. 11), das den sich in Vereinbarungen und insbesondere in Beschlüssen manifestierenden Willen der Wohnungseigentümer ausführt, also an deren Weisungen gebunden ist (BayObLG ZWE 2005, 81, 83). Damit ist jedoch lediglich seine Funktion im gesetzlichen Kompetenzsystem der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums angesprochen, nicht eine organschaftliche Stellung im rechtstechnischen Sinn. Diese setzt eine umfassende Zuständigkeit zur Repräsentation einer Korporation im Innen- und Außenverhältnis – mit Ausnahme der Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten zwischen Korporation und Organ – sowie eine weitgehend eigenverantwortliche Tätigkeit voraus; dies zeigt z.B. die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht der Organe juristischer Personen (*Bub*, PiG 30, 15, 17).

Diese Voraussetzungen erfüllt die Rechtsstellung des Verwalters nicht: Der geringe eigenverantwortliche Handlungsrahmen des Verwalters (BayObLGZ 1972, 139 im Anschluß an *Pfeuffer*, NJW 1970, 2233: keine beherrschende Funktion) schließt die Annahme einer organschaftlichen Stellung des Verwalters aus (so auch MünchKomm/*Engelhardt*, aaO, § 27 WEG Rz 3), was durch den bisherigen Wortlaut des § 27 Abs. 2 WEG, den die Neuregelung in § 27 Abs. 2 und 3 WEG n.F. lediglich übernimmt, bestätigt wird, wonach der Verwalter im Namen aller Wohnungseigentümer und mit Wirkung für und gegen sie handelt. Es handelt also nicht die Wohnungseigentümergeinschaft durch den Verwalter, was die Organstellung kennzeichnen würde, sondern der Verwalter für die Wohnungseigentümergeinschaft, woraus seine Rechtsstellung als Vertreter folgt. Die h.M. in Literatur und Rechtsprechung lehnt daher – auf der Grundlage der heutigen Rechtslage – zu Recht eine Organstellung des Verwalters ab (BayObLGZ 1972, 139; KG NJW-RR 1986, 1078; OLG Frankfurt OLGZ 1985, 144, 146; OLG Hamburg ZMR 1990, 467; *Palandt/Bassenge*, Komm. z. BGB, 65. Aufl., § 27 WEG Rz 1; *Wenzel*, ZWE 2001, 510, 512; a.A. *Armbrüster*, in FS *Wenzel* [2005] 85, 88). Richtigerweise ist seine Rechtsstellung als gewillkürter Vertreter mit eingeschränkter, aber insoweit unabdingbarer gesetzlicher Vertretungsmacht zu qualifizieren (BGHZ 78, 166, 171; BayObLGZ 1972, 139, 142;

NJW-RR 1988, 270; KG OLGZ 1976, 266, 269; *Staudinger/Bub*, Komm. z. WEG, 13. Aufl., § 26 Rz. 83; *Wenzel*, ZWE 2001, 510, 114).

Diese insoweit schwache Stellung des Verwalters, an welcher der vorliegende Gesetzesentwurf nichts ändert, steht im Widerspruch zu dem ursprünglich zu juristischen Personen entwickelten, heute jedoch für alle rechtsfähigen Personenverbände geltenden Grundsatz, dass diese durch Organe vertreten werden. Historischer Hintergrund ist der Streit zwischen der sog. Vertreter- und der Organtheorie (eingehend dazu *Beuthien*, Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, FS Zöllner, 1999). Nach der romanistischen Vertretertheorie, deren wichtigster Repräsentant v. Savigny war (v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, § 90 [S. 282 f.]), ist die juristische Person selbst weder willens- noch handlungsfähig. Juristische Personen müssen demnach ähnlich wie unmündige Menschen durch verfassungsmäßig dazu berufene natürliche Personen vertreten werden. Dagegen begreift die deutschrechtliche Organtheorie, deren Hauptvertreter Otto v. Gierke war (v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und deutsche Rspr., 1887, S. 603 ff. und 620 ff.; ebenso in: Deutsches PrivatR, I, 1899, § 67 I [S. 518 ff.]), die juristische Person nicht nur als rechtsfähig, sondern auch als selbst willens- und handlungsfähig. Die juristische Person wird danach nicht von ihren Organen vertreten, sondern sie will und handelt selbst körperschaftlich durch diese. Diese organschaftliche Zurechnung ist etwas qualitativ anders als die Zurechnung des Wissens, Wollens und Handelns eingeschalteter Dritter (Bevollmächtigter, Erfüllungsgehilfen etc.). Zwar kann sich der Verband im Rechtsverkehr solcher Dritten bedienen, dies steht ihm jedoch frei. Die Organe dagegen sind unverzichtbare Zurechnungsträger (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 10 I 2 a.E.).

Im Schrifttum hat sich die Organtheorie durchgesetzt. Nach h.M. (*Hübner*, AT des BGB, § 14 V 2 b [S. 122]; für die Organtheorie ferner *MünchKomm/Reuter*, Komm. z. BGB, 4. Aufl., § 26 Rz 11; *K. Schmidt*, aaO, § 10 I 2 mwNw.) wird der juristischen Person das Handeln ihrer Organe also nicht zugerechnet, sondern sie handelt als rechtsfähiger Verband selbst durch diese. Das Schrifttum hat die zu juristischen Personen entwickelten Grundsätze nicht auf diese beschränkt, sondern die Grundsätze organschaftliches Wollen und Handeln auf jeden Personenverband erstreckt, der fähig ist, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie sind keine Spezifika der juris-

tisch personifizierten Körperschaften, sondern gelten auch für sonstige rechtsfähige Personengesellschaften, etwa Gesamthandsverbände (*K. Schmidt*, aaO, § 10 I 2 a.E.). Gelten jedoch die Grundsätze der Vertretung durch Organe für jeden rechtsfähigen Personenverband, so auch für die Eigentümergemeinschaft; es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie den Sonderfall eines rechtsfähigen Verbandes ohne Organ als Zurechnungsträger, nicht lediglich als Vollzugsorgan, wie dies der Verwalter heute ist, darstellen sollte. Dann müsste allerdings der Gesetzentwurf die Stellung des Verwalters als Organ der Gemeinschaft im Rechtsverkehr ausgestalten und nicht seine Zwitterstellung zwischen Organ und Vertreter fortschreiben. Entsprechend der Organstellung des Verwalters wären seine Befugnisse – wie beim Geschäftsführer einer GmbH – im Außenverhältnis unabdingbar, könnten im Innenverhältnis jedoch durch Beschluss oder Vereinbarung eingeschränkt werden.

Ob der Verwalter neben seiner Stellung als Zurechnungsorgan der Gemeinschaft auch noch kraft Gesetzes Vertreter der je einzelnen Wohnungseigentümer sein muss, erscheint zumindest fraglich und wäre in der wissenschaftlichen Diskussion allererst zu klären. M.E. wäre hier eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung durch die Wohnungseigentümer erforderlich, die auch im Verwaltervertrag erfolgen kann.

Editorial

Verehrte Leserinnen und Leser,

in diesem Monat findet eine Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages statt. Durch diesen weitestgehend überflüssigen Entwurf sollen u.a. auch Folgen der Entscheidung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in gesetzliche Regelungen transformiert werden. Schon der Bundesrat hat darauf hingewiesen, dass eine Reform des WEG *nicht ohne ausführliche Prüfung* der sich aus der Änderung der Rechtsprechung ergebenden Konsequenzen erfolgen sollte. Eine solche Prüfung ist bisher nicht erfolgt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist angesichts der kurzen Zeit seit der Entscheidung des BGH noch keine umfassende Diskussion in Gang gekommen. Entsprechendes gilt für die höchstrichterliche Rechtsprechung, die sich naturgemäß nur mit Detailfragen, nicht aber mit der Grundkonzeption einer künftigen gesetzlichen Regelung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer auseinandersetzen kann. Daher dürften auch zahlreiche Folgeprobleme, noch gar nicht erkannt worden sein. Für eine gesetzliche Regelung ist es daher angesichts des Umstandes, dass in der Wissenschaft die Diskussion noch ganz am Anfang steht, viel zu früh.

Nur beispielhaft soll aufgezeigt werden, welche Mängel im Gesetzentwurf enthalten sind, weil dieser nicht in Ruhe und grundlegend durchdacht ist. Als pars pro toto diene die Regelung der Vertretungsmacht des Verwalters in § 27 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 RegE-WEG. Der Hinweis auf einen orthographischen Fehler in Absatz 3 Satz 1 Nr. 2, wo im Wort „Rechtsstreit“ ein „s“ vergessen wurde, mag als *pingelig* belächelt werden, doch ist dieser Fehler symptomatisch für die nicht nur handwerklich misslungene Regelung. Grammatikalisch ist in § 27 Abs. 2 Nr. 2 RegE-WEG der Adverbialsatz *„insbesondere einen gegen die Wohnungseigentümer gerichteten Rechtsstreit gemäß § 43 Nr. 1 und 4 ... zu führen“* zu bemängeln. Hier wird zweimal der Singular statt des Plurals verwendet. Richtigerweise müsste entweder formuliert werden *„insbesondere gegen die Wohnungseigentümer gerichtete Rechtsstreitigkeiten gemäß § 43 Nr. 1 und Nr. 4 (oder Nrn. 1 und 4) ... zu führen“* oder *„insbesondere einen gegen die Wohnungseigentümer gerichteten Rechtsstreit gemäß § 43 Nr. 1 oder Nr. 4 ... zu führen“*.

In sachlicher Hinsicht ist zu kritisieren, dass Rechtsstreitigkeiten, die *Dritte* gegen die Wohnungseigentümer bzw. die Gemeinschaft führen, weder von dieser Regelung noch von Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 erfasst werden, insoweit also möglicherweise gerade für die praktisch bedeutsamste Fallgruppe keine Vertretungsmacht des Verwalters besteht. Dieser Mangel ließe sich beheben, wenn die Worte *„gemäß § 43 Nr. 1 und 4“* bzw. *„gemäß § 43 Nr. 2“* ersatzlos gestrichen würden. Dass der Verwalter Vertretungsmacht auch im Vollstreckungsverfahren haben soll, ist für Verfahren gegen die *Gemeinschaft* sinnvoll. Bei einem gegen die *Wohnungseigentümer* gerichteten Rechtsstreit mag seine Vertretungsmacht vielleicht für Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung von Bedeutung sein. Wenn insoweit die Begründung der Bundesregierung zum Vollstreckungsverfahren lediglich darauf hinweist, dass der Verwalter *etwa auch die eidesstattliche Versicherung gemäß §§ 807, 899 ZPO abgeben* könne, dann fehlt mir die juristische Phantasie, wie der Verwalter Verzeichnisse des Vermögens der einzelnen Wohnungseigentümer, das er ja nicht kennt, vorlegen können und obendrein deren Richtigkeit und Vollständigkeit an Eides Statt versichern können soll.

Und schließlich ist zu kritisieren, dass nach den vorgeschlagenen Regelungen der Verwalter wohl *nicht verpflichtet* ist, von dieser Vertretungsmacht Gebrauch zu machen, d.h. die

Anlage zur Stellungnahme zur geplanten Änderung des WEG von Prof. Dr. Bub zur öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestags am 18.09.2006

Wohnungseigentümer bzw. die Gemeinschaft in einem Passivprozess zu vertreten. Denn die Bundesregierung hat die Nummern 1 und 2 des bisherigen § 27 Abs. 2 WEG als Nummern 4 und 5 in § 27 Abs. 1 RegE-WEG übernommen, um klarzustellen, was sich aus dem Gesetz nur mittelbar ergebe, dass der Verwalter nicht nur ermächtigt, sondern im Innenverhältnis auch *verpflichtet* sei, die in § 27 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 WEG vorgesehenen Zahlungen und Leistungen einzufordern und zu bewirken. Folglich muss aus dem Umstand, dass sie die Regelungen des § 27 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 RegE-WEG nicht auch in Absatz 1 aufführt, der ja nach der Begründung *eindeutig* und *allein* das Innenverhältnis regeln soll, geschlossen werden, dass der Verwalter eben *nicht* verpflichtet ist, einen Passivprozess für die Wohnungseigentümer bzw. die Gemeinschaft zu führen. Gerade dies dürfte aber auch gewollt sein. Die „Klarstellungen“ durch die mit „insbesondere“ eingeleiteten Adverbialsätze sollten ersatzlos gestrichen werden, dann dürfte die Rechtslage „klarer“ sein, vor allem, wenn auch die Nummern 4 und 5 des Absatzes 1 nach Absatz 3 verlagert und in Absatz 1 durch eine generelle Regelung ersetzt würden, wonach der Verwalter in bestimmten Fällen der gesetzliche Vertretungsmacht auch verpflichtet ist, davon Gebrauch zu machen.

Im Jahre 2001 hat der BGH entschieden, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig ist; dies hat ebenfalls zu zahlreichen Folgeproblemen geführt. Dennoch ist der Gesetzgeber bisher nicht tätig geworden, sondern überlässt die Lösung dieser Probleme Rechtsprechung und Wissenschaft. Der Ruf nach dem Gesetzgeber ist bislang auch nicht laut geworden, die Diskussion ist in vollem Gange. Vor einer Reform des WEG wäre auch für das Recht des Wohnungseigentums eine umfassende und ausführliche Diskussion der aus der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft resultierenden Probleme dringend erforderlich, um die dogmatische Grundkonzeption einer rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu erarbeiten.

Ohne ausreichende, langjährige Diskussion in Rechtswissenschaft und Praxis sollten die vorgesehenen Gesetzesänderungen daher nicht beschlossen werden. Es besteht überhaupt keine Notwendigkeit, im Rahmen der ursprünglich geplanten Reform des WEG jetzt auch zugleich die zum Teil noch unübersehbaren Auswirkungen der Rechtsfähigkeit zu regeln und im Gesetzgebungsverfahren durchzupeitschen. Möge der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages den Lobbyisten widerstehen und die Notbremse ziehen.

Ihr Werner Merle