

DR. JUR. KLAUS-R. WAGNER  
Rechtsanwalt u. Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

Lessingstraße 10  
65189 Wiesbaden  
Telefon (06 11) 3 92 04/5  
Telefax (06 11) 30 72 51  
Handy (01 71) 3 55 66 44  
<http://www.raun-wagner.de>  
[K.-R.Wagner@t-online.de](mailto:K.-R.Wagner@t-online.de)

**Fragwürdiges zur neuen Rechtsprechung  
des an sich Ziehens von Gewährleistungs-  
ansprüchen durch WEG-Gemeinschaften beim  
Bauträgervertrag im Geschosswohnungsbau\***

von Dr. Klaus-R. WAGNER, Wiesbaden  
Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

\* Es handelt sich um die aktualisierte Fassung meines Veröffentlichungsbeitrages Wagner ZNotP 2007, 288. Diese Fassung war Gegenstand meines Vortrages, den ich am 16.11.2007 anlässlich der 30. Baurechtstagung der ARGE Baurecht in Ulm gehalten habe.

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: privates Baurecht;  
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;  
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Steuerrechtsprozeßrecht; Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr  
Wiesbadener Volksbank (BLZ 510 900 00) Konto-Nr. 234 710 (Rechtsanwalt) · Konto-Nr. 253 200 (Notar)

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	3
II.	Zum Sachverhalt und zu irreführenden Begrifflichkeiten im Bauträgerrecht	3
	1. Der Vertragsabschluss	5
	2. Nach dem Vertragsabschluss	7
	3. Abnahme und Übergabe	8
	4. Die Zeit nach Abnahme	9
	5. Zwischenergebnis	11
III.	Rechtslage - BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05 <sup>1</sup>	12
	1. Zum Sachverhalt	12
	2. Die Entscheidung des BGH	12
	3. Fragwürdiges	13
	3.1 Grundlegende Vorüberlegungen	13
	3.2 Originäre alleinige und „von vornherein“ gegebene Rechtszuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum betr. kleiner Schadensersatz und Minderung ?	14
	3.3 Individuelle Rechte des Erwerbers von Wohnungseigentum gegenüber dem Bauträger bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum, soweit gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer und schützenswerte Interessen des Bauträgers nicht beeinträchtigt sind (Großer Schadensersatz, Wandlung bzw. Rücktritt, Mängelbeseitigungsanspruch als Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsanspruch, Aufwendungsersatz- und Kostenvorschussanspruch) ?	16
	3.4 Recht der Wohnungseigentümergeinschaft, durch Mehrheitsbeschluss individuelle Rechte von Wohnungseigentümern (Erfüllungs und Nacherfüllungsansprüche, Aufwendungsersatz- und Kostenvorschussanspruch) unter Rechtsentzug zu Lasten des Einzelnen an sich zu ziehen und als Prozessstandschafter geltend zu machen ?	16
	3.5 Schlussfolgerung	22
IV.	Welche Konsequenzen könnten gezogen werden ?	23

## I. Einleitung

Die nachfolgend zu besprechende Entscheidung des BGH vom 12.04.2007<sup>1)</sup> bereitet dogmatisch, aber auch in der Praxis, erhebliche Schwierigkeiten, weil der BGH schlicht die Rechte einer teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft beim Geschosswohnungsbau, bei dem eine Vielzahl von Bauträgerverträgen geschlossen wurden, behandelt, ohne zuvor wichtige Vorfragen zu klären, die bis in das Verfassungsrecht und das EU-Gemeinschaftsrecht reichen. Die Folge davon ist, daß gerade aufgrund der hier zu besprechenden Entscheidung des BGH für beurkundende Notare und Vertragsbeteiligte kein sicherer Weg mehr erkennbar ist. Dies wiederum wird für finanzierende Banken von Verbrauchern einmal mehr Anlass sein, sich darin bestätigt zu sehen, daß die Finanzierung bei Bauträgerverträgen ein operationelles Risiko darstellen kann. Dem Verbraucherschutz ist mit dieser Rechtsprechung zudem nicht gedient worden, im Gegenteil.

Bedenken gegen die neue Rechtsprechung des BGH sind hier aus Raumgründen nicht abschließend behandelt worden. Sie könnten beliebig erweitert werden. Wohl aber geht es nachfolgend um wichtige – vom BGH nicht behandelte - Vorfragen, die Anlass für eine fruchtbare Diskussion sein mögen.

## II. Zum Sachverhalt und zu irreführenden Begrifflichkeiten im Bauträgerrecht

Es ist hilfreich, wenn man bei Bauträgerverträgen und deren rechtlicher Beurteilung eine eindeutige rechtliche Terminologie wählt. Da aus nachfolgend beschriebenen Gründen der Bauträgervertrag kein Kaufvertrag ist, sondern u.a. auf die Herstellung eines Gebäudes mit z.B. Wohnungen gerichtet ist, sollte nicht von Käufern oder Erwerbern gesprochen werden, sondern von dem in § 631 Abs. 1 BGB verwandten Begriff des *Bestellers* ausgegangen werden. Der Bauträger stellt auch kein Wohnungs- bzw. Gemeinschaftseigentum her, sondern ein Gebäude mit Wohnungen, an denen der Bauträger den Bestellern zusätzlich Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum verschaffen soll. Folglich kann es auch keine Mängel am Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum geben, sondern am Gebäude bzw. Wohnungen, wobei die baurechtliche Einordnung von Mängeln nichts mit dem Eigentum zu tun hat. Und es wird auch nicht Gemeinschafts- bzw. Wohnungseigentum abgenommen, sondern das Gebäude samt darin befindlicher Wohnungen und der Außenanlage.

Um das nachfolgend Angesprochene plastischer zu machen, mag ein Beispielfall hilfreich sein:

*Beispiel:*

*Ein Bauträger beabsichtigt, auf eigenem Grund und Boden im Geschosswohnungsbau ein Wohngebäude mit 5 Wohnungen zu errichten. Zu diesem Zweck nimmt er eine Bauträgerfinanzierung auf und läßt auf seinem Grundstück als Grundpfandabsicherung für diese eigene Finanzierung eine Grundschuld eintragen. Alsdann teilt er nach § 8 WEG und läßt diese im Grundbuch wahren. 5 Wohnungsgrundbücher werden grundbuchlich angelegt.*

---

1) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084

*In diesen 5 Wohnungsgrundbüchern ist die bis dahin für den Bauträger im Grundbuch eingetragene Grundschuld jeweils als Gesamtgrundschuld eingetragen.*

*Vor Baubeginn schließt der Bauträger 3 Bauträgerverträge über jeweils eine der 5 Wohnungen. Für die restlichen beiden Wohnungen erreicht es der Bauträger nicht, weitere Bauträgerverträge zu schließen. Einer der 3 Besteller (A) beanstandet bereits während der Bauphase mangelhafte Bauausführung und besteht auf Mängelbeseitigung. Der zweite Besteller (B) beanstandet ebenfalls schon während der Bauausführung mangelhafte Bauausführung und macht nach erfolgloser Fristsetzung und Nachfristsetzung den großen Schadensersatz geltend. Der dritte Besteller (C) bleibt zunächst inaktiv und moniert nichts.*

*An der Abnahme nimmt nur der erste (A) und dritte Besteller (C) teil. Da A weiterhin Mängel rügt und nicht vollständig zahlt, erfolgt ihm gegenüber weder eine Besitzeinräumung noch eine Eigentumsumschreibung. Anders bei C, auf den nach der Abnahme, da er seine geschuldete Vergütung gezahlt hat, eine Besitzverschaffung folgt und das Wohnungseigentum umgeschrieben wird.*

Die Möglichkeit der Vorratsteilung gem. § 8 Abs. 1 WEG ist auch bei noch unbebauten Grundstücken möglich, sofern auf dem Grundstück in der Form des Aufteilungsplanes Räume und Gebäude noch errichtet werden sollen.<sup>2)</sup> Mit der Teilung des Grundstückes durch den Bauträger gem. § 8 WEG, die mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam wird (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG), ist noch keine Wohnungseigentümergeinschaft entstanden. Denn diese entsteht erst mit der Veräußerung **eines** der mit entsprechenden Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile **und** der Eintragung des Bestellers als Wohnungseigentümers im Wohnungseigentumsgrundbuch.<sup>3)</sup> Andere fordern sogar, daß dies bei mindestens **zwei** Bestellern der Fall sein muß.<sup>4)</sup> Ob bis dahin sind „Ein-Mann-Beschlüsse“ des Bauträgers als teilenden Grundstückseigentümers als „Nicht-Beschlüsse“ rechtlich unbeachtlich, auch für spätere Besteller, sind, ist umstritten.<sup>5)</sup>

---

2) OLG Hamburg 25.02.2002 – 2 Wx 94/01, OLGR 2002, 341

3) OLG Köln 16.04.1999 – 16 Wx 08/99, ZfIR 1999, 601; OLG München 09.01.2006 – 34 Wx 89/05, FGPrax 2006, 63; Erman/*Grziwotz*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 10

4) BayObLG 11.04.1990 – BReg. 2Z 07/90, NJW 1990, 3216, 3217; OLG Hamm 27.01.2000 – 15 W 318/99, WuM 2000, 319; OLG Jena 12.06.2001 – 6 W 177/01, WuM 2001, 504; OLG Frankfurt 15.06.2005 – 20 W 17/03, n.V.; Münchener Kommentar/*Engelhardt*, BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 43 WEG Rdn. 24

5) Für Unbeachtlichkeit: BayObLG 20.02.2003 – 2Z BR 01/03, ZfIR 2003, 467; OLG München 09.01.2006 – 34 Wx 89/05, FGPrax 2006, 63. Für Beachtlichkeit: *Röll* DNotZ 1993, 315, 317

## 1. Der Vertragsabschluss

In notariell beurkundeten Bauträgerverträgen ist immer wieder davon die Rede, es werde ein „Kaufvertrag“ über „Wohnungseigentum“ geschlossen. Als ob man in Wohnungseigentum wohnen könnte, beabsichtigen doch besagte Besteller, einen Vertrag zwecks Herstellung einer Eigentums**wohnung** zu schließen.<sup>6)</sup> Auch in Urteilen von Gerichten wird beim Bauträgervertrag durchgehend von „Kaufvertrag“ und „Käufern“ gesprochen, obwohl etwas hergestellt bzw. errichtet werden soll. Dies rührt daher, daß insbesondere im notariellen Fachschrifttum beharrlich an der rechtlichen Einordnung des Bauträgervertrages als Kaufvertrag festgehalten wurde/wird.<sup>7)</sup> Dabei wird schlicht negiert, daß nach der Rechtsprechung des BGH<sup>8)</sup> die **Bezeichnung** „Kaufvertrag“ bei einem auf eine Bauerrichtung gerichteten Bauträgervertrag „unwirksam“ bzw. „bedeutungslos“ ist. Denn maßgebend für die Rechtsnatur des Vertrages ist nicht die Bezeichnung desselben, sondern die tatsächliche Handhabung,

„weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.“<sup>9)</sup>

Es geht hier also nicht um den Verkauf einer erst noch zu errichtenden Wohnung, sondern um die Verschaffung eines Werkes i.S.d. § 633 Abs. 1 BGB. Und zu diesem – frei von Sach- und Rechtsmängeln - zu verschaffenden Werk gehören

- das Grundstück,
- die Herstellung des Gebäudes,
- die Herstellung der in diesem Gebäude vorgesehenen Wohnungen und
- die Verschaffung von Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum daran.<sup>10)</sup>

---

6) *Wagner* BauR 2004, 569, 570

7) Nachweise bei *Wagner* BauR 2004, 569, 570 Fn. 2

8) „Unwirksam“: BGH 05.04.1979 – VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 207; BGH 10.05.1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258 Leitsatz b)

„Bedeutungslos“: BGH 29.06.1981 – VII ZR 259/80, BauR 1981, 571; BGH 29.06.1989 – VII ZR 151/88, BGHZ 108, 164, 167; BGH 16.12.2004 – VII ZR 257/03, BauR 2005, 542, 544; BGH 06.01.2005 – VII ZR 117/04, BGHZ 164, 225, 228; BGH 08.03.2007 – VII ZR 130/05, n.V.

9) BGH 25.06.2002 – X ZR 83/00, NJW 2002, 3317, 3318; so auch *Thode* NZBau 2002, 297, 299; *Wagner* in: *Schmider/Wagner/Loritz* (Hrsg.), *Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen* (HdB), (04/2004), Fach 6112 Rdn. 27 – 28; *Wagner* BauR 2004, 569, 570. Zur Rechtsnatur des Bauträgervertrages vgl. ferner. *Thode*, ZNotP 2006, 208 m. N der Rspr. des BGH.

10) *Thode* NZBau 2002, 297, 301; *Wagner/Loritz*, *Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage*, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1889, 1891 – 1893; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 2 ff.; *Wagner* in: *Henssler/von Westphalen*, *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2. Aufl. 2002, § 633 Rdn. 5, 8 – 9, 31 – 36; *Wagner* BauR 2004, 569,

Und folglich kommt für Sachmängel, einerlei wo an der gesamten Bausubstanz, Werkvertragsrecht zur Anwendung und nicht Kaufrecht<sup>11)</sup> und zwar völlig unabhängig davon, ob der Bauträger bereits vor Vertragsabschluss Arbeiten durchgeführt hat<sup>12)</sup> und ob er bei Ausführung von Arbeiten eine Veräußerungsabsicht hatte.<sup>13)</sup>

Der Bauträger schuldet die Verschaffung des Grundstückes und die Errichtung tatsächlich nur einmal, rechtlich jedoch gegenüber so vielen Personen, wie es Besteller gibt. Insoweit ist keine Gesamtgläubigerschaft i.S.d. § 428 BGB gegeben,<sup>14)</sup> da im Falle der Gesamtgläubigerschaft der Schuldner nur einmal erbringen muß, wobei ihm ein Wahlrecht zusteht, wem gegenüber. Hier aber schuldet der Bauträger rechtlich die eine Leistung der Grundstücksverschaffung und Gebäudeherstellung rechtlich jedem Besteller in vollem Umfang und ohne Wahlrecht. Es liegt folglich auf Seiten der Besteller gegenüber dem Bauträger eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft i.S.d. § 432 Abs. 1 BGB vor,<sup>15)</sup> die im Fachschrifttum auch Mitgläubigerschaft genannt wird.<sup>16)</sup> Was rechtlich für das Innenverhältnis einer gemeinschaftlichen Gläubigerschaft bzw. Mitgläubigerschaft zu gelten hat, wenn dieses vertraglich nicht gesondert geregelt wurde, ist umstritten. Einerseits wird vertreten, es müßte dann für die Innenrechtsbeziehungen auf die §§ 741 ff. BGB zurückgegriffen werden,<sup>17)</sup> während andererseits vertreten wird, die Besteller untereinander seien in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft verbunden.<sup>18)</sup> Also empfiehlt es sich, diese unklare Situation **vertraglich** zu regeln.

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eines herkömmlichen Bauträgervertrages erfolgt eine Eigentumsumschreibung von Wohnungs- bzw. Teileigentum – sofern die Teilungserklärung (§ 8 WEG) schon im Grundbuch gewahrt wäre – vom Bauträger auf den Besteller noch **nicht**, sondern erst viel später, nämlich nach Zahlung der geschuldeten Vergütung, also in aller Regel **nach** Abnahme. Folglich wird der Besteller mit Abschluß des Bauträgervertrages noch nicht Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft. Und da zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eines herkömmlichen Bauträgervertrages der Bauträger dem Besteller auch noch keinen Besitz verschafft, sondern erst viel später, sofern der Besteller die geschuldete Vergütung gezahlt hat, , also in aller Regel nach Abnahme im Zuge der Übergabe, wird der Besteller zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus nachfolgenden Gründen auch nicht Mitglied einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft.

Vor diesem Hintergrund ist die Meinung nicht nachvollziehbar, mit der Veräußerung von Sondereigentum entstehe ein Recht des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer auf Herstellung der Substanz des Sondereigentums, das einem Anwartschaftsrecht ähnele,<sup>19)</sup> zumal nicht klar ist, welche rechtliche Qualität ein einem Anwartschaftsrecht ähnelndes Recht haben soll, worin die

---

11) BGH 29.06.1989 – VII ZR 151/88, BGHZ 108, 164, 167; BGH 16.12.2004 – VII ZR 257/03, BauR 2005, 542, 544; BGH 16.12.2004 – VII ZR 257/03, BauR 2005, 544; BGH 06.01.2005 – VII ZR 117/04, BGHZ 164, 225, 228; BGH 08.03.2007 – VII ZR 130/05, n.V.

12) BGH 16.12.2004 – VII ZR 257/03, BauR 2005, 542, 544; BGH 08.03.2007 – VII ZR 130/05, BauR 2007, 1036

13) BGH 08.03.2007 – VII ZR 130/05, BauR 2007, 1036

14) Für eine Gesamtgläubigerschaft zunächst BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BauR 1979, 420, 422

15) BGH 21.03.1985 – VII ZR 148/83, BGHZ 94, 117, 119

16) Erman/*Ehmann*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 432 Rdn. 4; Soergel/*Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 432 Rdn. 1

17) Soergel/*Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 432 Rdn. 14 u.H.a. BGH 20.11.1981 – V ZR 245/80, NJW 1982, 928

18) Münchener Kommentar/*K. Schmidt*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 741 Rdn. 20

19) OLG Hamburg 25.02.2002 – 2 Wx 94/01, OLGR 2002, 561

gesetzliche Grundlage eines solchen Rechts zu sehen sein soll und worin sich dieses von dem werkvertraglichen Verschaffungsanspruch des § 633 Abs. 1 BGB unterscheiden soll.

Auch ist nicht erkennbar, aufgrund welcher rechtlichen Grundlage ein einem Anwartschaftsrecht ähnelndes Recht gegeben sein soll, wenn es zu diesem Zeitpunkt weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gibt.

## 2. Nach dem Vertragsabschluss

Mit Eintragung von Vormerkungen für die Besteller in den Wohnungsgrundbüchern der Wohnungen, die Gegenstand der jeweiligen Verschaffungspflichten des Bauträgers (§ 633 Abs. 1 BGB) in den jeweils abgeschlossenen Bauträgerverträgen sind, ist noch keine sog. werdende Wohnungseigentümergeinschaft zwischen dem Bauträger und den entsprechenden Bestellern entstanden. Denn eine solche setzt folgendes voraus:

- Anlegung der Wohnungsgrundbücher (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG).
- Wirksame schuldrechtliche Verträge.
- Bildung einer tatsächlichen Gemeinschaft durch Inbesitznahme sowie Übergang der Nutzungen und Lasten und der Gefahr aus die Besteller.
- Eintragung der Vormerkungen für die Besteller in denen sie betreffenden Wohnungsgrundbüchern.<sup>20)</sup>

Zur Begründung wird angeführt:

„Die zeitliche Vorverlagerung der Geltung der Vorschriften des WEG über das Gemeinschaftsverhältnis durch die Anerkennung der Figur der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft dient im Kern maßgebend dazu, einen rechtlichen Rahmen für eine von den Wohnungseigentümererwerbern vor Eigentumsübergang praktizierte gemeinschaftliche Nutzung des Objekts zur Verfügung zu stellen, für die die schuldrechtlichen Erwerbsverträge keine geeignete Grundlage geben können. Der Zeitraum bis zur rechtlichen Invollzugsetzung der Eigentümergeinschaft kann sich unter Umständen über viele Jahre erstrecken, wenn sich die Eigentumsumschreibung auf die einzelnen Besteller auf Grund der mit dem Bauträger geschlossenen schuldrechtlichen Verträge wegen rechtlicher Auseinandersetzungen über Gewährleistungsansprüche hinauszögert. Die tatsächliche gemeinschaftliche Nutzung verursacht jedoch insbesondere Lasten und Kosten, die im Verhältnis der Nutzer zueinander verteilt werden müssen (vgl. etwa auch OLG Hamm ZMR 2003, 776).“<sup>21)</sup>

Mögen die vorgenannte erste, zweite und vierte Voraussetzung gemäß obigem Beispiel gegeben sein, so fehlt es doch in aller Regel an der dritten Voraussetzung, weil nämlich in Bauträgerverträgen in aller Regel geregelt wird und dies dann so auch praktiziert wird, daß ein Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten sowie ein Gefahrübergang erst nach vollständiger Zahlung der geschuldeten Vergütung erfolgt. Folglich wird weder durch den Abschluss der Bauträgerverträge noch danach alleine durch die Eintragung von Vormerkungen für Besteller in den Wohnungsei-

---

20) OLG Köln 16.04.1999 – 16 Wx 08/99, ZfIR 1999, 601; OLG Jena 12.06.2001 – 6 W 177/01, WuM 2001, 504; OLG Frankfurt 15.06.2005 – 20 W 17/03, n.V.; OLG München 09.01.2006 – 34 Wx 89/05, FGPrax 2006, 63; Erman/*Grziwotz*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 10; Münchener Kommentar/*Engelhardt*, BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 43 WEG Rdn. 24

21) OLG Frankfurt 15.06.2005 – 20 W 17/03, n.V.

gentumsgrundbüchern eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft zwischen dem Bauträger und den Bestellern begründet.<sup>22)</sup>

Also gilt bis zur Besitzeinräumung durch den Bauträger folgendes:

- Eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft existiert noch nicht, weil noch keine Eintragung der Besteller in den Wohnungseigentumsgrundbüchern erfolgt ist und der Bauträger alleine keine Wohnungseigentümergeinschaft begründet.
- Eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft existiert noch nicht, so lange noch nicht Bestellern, für die Vormerkungen in den jeweiligen Wohnungseigentumsgrundbüchern eingetragen sind, noch keinen Besitz erhalten haben.
- Und schließlich ist es fraglich, ob es eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft überhaupt gibt, nachdem der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft Teilrechtsfähigkeit zugeordnet wird, die in § 10 Abs. 6 WEG n.F. gesetzlich verankert ist, während die bisherige werdende Wohnungseigentümergeinschaft im Gesetz nicht geregelt wurde.

Es besteht folglich ab Abschluss der Bauträgerverträge eine gemeinschaftliche bzw. Mitgläubigerschaft der Besteller gegenüber dem Bauträger, wobei die gemeinschaftlichen Gläubiger bzw. Mitgläubiger untereinander im Innenverhältnis eine Bestellergemeinschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft bilden, die nichts mit einer Wohnungseigentümergeinschaft zu tun hat.<sup>23)</sup> Nicht die Bestellergemeinschaft ist für die ordnungsgemäße Ersterrichtung verantwortlich,<sup>24)</sup> sondern der Bauträger. Die Besteller sind gemeinschaftlichen Gläubiger bzw. Mitgläubiger aufgrund ihrer Bauträgerverträge. Und warum die Besteller als gemeinschaftlichen Gläubiger bzw. Mitgläubiger, die untereinander eine GbR als Innengesellschaft sind, eine Beschlusskompetenz auch unabhängig davon haben sollen, „ob ihr noch der Veräußerer oder schon alle Erwerber angehören,“<sup>25)</sup> ist nicht nachvollziehbar, ist doch der Bauträger nicht Gläubiger sondern Schuldner der in den Bauträgerverträgen vereinbarten Leistungen.

### 3. Abnahme und Übergabe

Hier ist zu unterscheiden, **wer** abnimmt einerseits und wer **was** abnimmt andererseits. Da Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum nicht hergestellt, sondern nur eingeräumt (§ 3 WEG), begründet (§ 1 Abs. 1, § 2 WEG) bzw. verschafft (§ 633 Abs. 1 BGB) werden kann, kann auch das Eigentum nicht abgenommen werden, sondern nur das „vertragsgemäß hergestellte Werk“ (§ 640 Abs. 1 BGB). Mithin erfolgt eine Abnahme weder durch die werdende noch durch die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft:

---

22) Wenn *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907 u.H.a. BayObLG NJW 1990, 3216, 3217 meint, eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft entstehe bereits mit der Eintragung **einer** Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber, womit es dann auf die Besitzverschaffung nicht ankommen würde, so ist dies der besagten Entscheidung nicht zu entnehmen und steht im Widerspruch zu der hier zitierten Rechtsprechung.

23) *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907 nennt diese Bestellergemeinschaft eine Erwerbbergemeinschaft. Dieser Begriff ist insoweit mißverständlich, als darin nicht zum Ausdruck kommt, daß im Geschosswohnungsbau etwas herzustellen ist und im Gesetz (§ 631 Abs. 1 BGB) dieserhalb vom Besteller gesprochen wird.

24) So zutreffend *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907

25) *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907



Zum einen deshalb nicht, weil weder die werdende noch die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft Besteller i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die geschlossenen Bauträgerverträge war/ist. Zum anderen aber auch deshalb nicht, weil zum Zeitpunkt der Abnahme beim herkömmlichen Bauträgervertrag weder die werdende noch die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft existieren wie folgendes verdeutlicht:

Zu Beginn der Abnahme hat in aller Regel der Bauträger gegenüber den Bestellern noch keine Besitzeinräumung vorgenommen. Folglich fehlt es zu diesem Zeitpunkt noch an einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft, wenn man denn wegen § 10 Abs. 6 WEG n.F. dieser überhaupt einen eigenen rechtlichen Stellenwert zuordnen wollte, ist sie doch im novellierten WEG nicht angesprochen. Frühestens mit der Abnahme – also **nach** Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls – wird der Bauträger den Bestellern gegenüber die Besitzeinräumung vornehmen, die auch ihre geschuldete Vergütung bezahlt haben (hier plakativ Insider genannt). Nur diese werden folglich ab diesem Zeitpunkt – und nicht vorher – Mitglied einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft, die andern nicht (hier plakativ Outsider genannt). Diese werdende Eigentümergeinschaft besteht eine überschaubare Zeit bis zum Entstehen der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft., der jedoch nicht alle Besteller angehören müssen (Outsider).

Und eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entsteht in aller Regel ebenfalls zeitlich erst **nach** der Abnahme unter den eingangs beschriebenen Voraussetzungen mit den Bestellern, die die geschuldete Vergütung bezahlt haben und auf die das Wohnungseigentum umgeschrieben worden ist (Insider), während die anderen auch hier außen vor bleiben (Outsider).

#### 4. Die Zeit nach Abnahme

Hiervon ausgehend wird die Zeit **nach** Abnahme noch etwas unübersichtlicher, was mittels des eingangs beschriebenen Beispiels verdeutlicht werden soll:

In dem oben beschriebenen Beispiel ist zweifelhaft, ob mit der **nach** Abnahme erfolgten Eigentumsumschreibung auf C eine aus dem Bauträger und C bestehende Wohnungseigentümergeinschaft zustande gekommen ist; denn diejenigen, die dafür die Umschreibung auf mindestens 2 Besteller fordern,<sup>26)</sup> würden das Zustandekommen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft verneinen, während diejenigen, die dafür die Umschreibung auf mindestens 1 Besteller fordern, das Zustandekommen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft bejahen würden.<sup>27)</sup> Eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft wäre ebenfalls zweifelhaft, da es in diesem Beispiel nur einen Besteller gibt, für den eine Vormerkung eingetragen ist und dem der Besitz eingeräumt wurde (C).

Es wird mithin deutlich, daß, bevor man über Rechte einer Wohnungseigentümergeinschaft nachdenkt, zunächst einmal folgende Fragen klärt:

---

26) BayObLG 11.04.1990 – BReg. 2Z 07/90, NJW 1990, 3216, 3217; OLG Hamm 27.01.2000 – 15 W 318/99, WuM 2000, 319; OLG Jena 12.06.2001 – 6 W 177/01, WuM 2001, 504; OLG Frankfurt 15.06.2005 – 20 W 17/03, n.V.; Münchener Kommentar/Engelhardt, BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 43 WEG Rdn. 24

27) OLG Köln 16.04.1999 – 16 Wx 08/99, ZfIR 1999, 601; OLG München 09.01.2006 – 34 Wx 89/05, FGPrax 2006, 63; Erman/Grzowatz, BGB, 11. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 10

- Soll eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft der vorhandenen endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft bezüglich ihrer (Teil-) Rechtsfähigkeit gleich behandelt werden?<sup>28)</sup> Hat die werdende Wohnungseigentümergeinschaft im Hinblick auf § 10 Abs. 6 WEG n.F., die nur der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich eine Teilrechtsfähigkeit zuordnet, überhaupt noch einen eigenen rechtlichen Stellenwert, nachdem sie im novellierten WEG nicht angesprochen ist?
- Ab wann ist denn eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gegeben? Wenn außer dem Bauträger mindestens 1 weiterer Besteller Wohnungseigentümer geworden ist oder bedarf es dazu mindestens zweier Besteller als Wohnungseigentümer?
- Ist es rechtlich möglich, daß eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft (Besteller, für die Vormerkungen in den Wohnungsgrundbüchern eingetragen wurden und denen Besitz eingeräumt wurde) neben einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft existent ist und in welchem Rechtsverhältnis stünden diese zueinander?
- Ist es rechtlich möglich, daß neben einer werdenden und einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft auch Besteller existieren, die keiner dieser beiden Gemeinschaften angehören (weil für solche zwar Vormerkungen in den Wohnungsgrundbüchern eingetragen sein mögen, ihnen aber weder Besitz verschafft wurde noch auf diese eine Eigentumsumschreibung stattgefunden hat wie hier bei A) und als Outsider untereinander gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubiger – im Innenverhältnis als Bestellergemeinschaft bzw. als GbR als Innengesellschaft – sind und in welcher Rechtsbeziehung stehen diese Outsider zur werdenden und endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft?

Es wird mithin deutlich, daß sich nicht alleine Fragen des **Nacheinander** von gemeinschaftlicher Gläubigerschaft bzw. Mitgläubigerschaft zur werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und schließlich zur endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft stellen, sondern auch die zuvor angesprochenen Fragen des **Nebeneinander**.

Das BayObLG<sup>29)</sup> hat schon frühzeitig iudiziert, daß dann, wenn eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entstanden sei, der Personen angehören, auf die das Wohnungseigentum umgeschrieben worden sei, damit eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft mit Personen, auf die das Wohnungseigentum noch nicht umgeschrieben worden sei, ende. Die Wohnungseigentümergeinschaft bestehe dann aus Volleigentümern und werdenden Wohnungseigentümern zusammen. Gleiches gelte auch für denjenigen, der Rechtsnachfolger eines werdenden Wohnungseigentümers nach rechtlicher Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft geworden sei. Nicht entschieden wurde, was mit den Personen geschieht, die noch nicht einmal Mitglied der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft waren (Outsider). Dem ist allerdings der BGH nicht gefolgt und hat der Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers nichts abgewinnen können. Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft könne nicht die

---

28) Soweit *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907 u.H.a. BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, NJW 2007, 1952 Rdn. 22 behauptet, der BGH habe die Zuständigkeit auch einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft für die Behebung anfänglicher Mängel für zuständig erklärt, ist dies unzutreffend, ganz abgesehen davon, daß sich der BGH in dieser Entscheidung nicht dazu geäußert hat, ab wann denn überhaupt von einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft gesprochen werden kann.

29) BayObLG 11.04.1990 – BReg. 2Z 07/90, NJW 1990, 3216, 3218

tatsächliche Eingliederung in eine Wohnungseigentümergeinschaft sein,<sup>30)</sup> sondern die Eintragung des Wohnungseigentümers im Wohnungseigentumsgrundbuch.<sup>31)</sup>

Das eingangs beschriebene Beispiel dokumentiert die vorhandene Rechtsunsicherheit. Denn es ist unsicher, ob im Beispiel **nach** Abnahme überhaupt eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist, wenn nur auf 1 Person eine Umschreibung des Wohnungseigentums erfolgt ist und es ist stets zu klären, wer ihr angehört bzw. ob es auch Personen gibt, die ihr nicht angehören. **Ab wann** ist eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gegeben und **wer gehört ihr an**, sind folglich stets vorab zu klärende Fragen, die sich aber derzeit nicht rechtssicher beantworten lassen.

## 5. Zwischenergebnis

Die jeweils abgeschlossenen Bauträgerverträge begründen im Verhältnis des jeweiligen Bestellers und des Bauträgers jeweils schuldrechtliche Rechte und Pflichten. Bis einschließlich der Abnahme existiert i.d.R. weder eine **werdende** Wohnungseigentümergeinschaft noch eine **endgültige** Wohnungseigentümergeinschaft. Umstritten ist im Falle der Aufteilung durch den Bauträger gem. § 8 WEG, ob es eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft gibt, ab wann eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entsteht und wer ihr angehört.

Da in Fällen, in denen der Bauträger vorab gemäß § 8 WEG aufgeteilt hat, **bis** zur Abnahme des Gesamtbauvorhabens i.d.R. keine Eigentumsumschreibung von Wohnungseigentum auf Besteller erfolgt, gibt es jedenfalls bis dahin keine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft, so daß es bis dahin auch kein Gemeinschaftseigentum gibt. Schon deshalb kann es zum Zeitpunkt der Abnahme und danach bis zur Begründung einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft auch keine Mängel geben, die sich an dem Grundstück, der Außenanlage bzw. der Bausubstanz befinden, welche sich im Gemeinschafts- oder Wohnungseigentum befinden.

Abgesehen davon ist der Sprachgebrauch von Mängeln oder Baumängeln am Gemeinschaftseigentum ohnehin rechtlich unzutreffend, da die Herstellung der Baulichkeit mangelhaft sein kann, was aber mit dem Eigentum nichts zu tun hat, denn Wohnungseigentum oder Gemeinschaftseigentum wird nicht hergestellt, sondern nur begründet bzw. verschafft. Und gibt es beim Bauträgervertrag aus zuvor genannten Gründen jedenfalls **bis** zur Abnahme und der sich **anschließenden** Umschreibung des Wohnungseigentums auf einen oder zwei Besteller keine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft und folglich auch kein Gemeinschaftseigentum, dann bleibt es dabei, daß jedenfalls bis zur Abnahme und danach bis zur Begründung einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft die Besteller gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubiger sind – im Innenverhältnis als Bestellergemeinschaft bzw. als GbR als Innengesellschaft –, die Besteller im Sinne des § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB sind, denen die „Gewährleistungs“-Rechte zustehen. Das Thema der Insider bzw. Outsider stellt sich bis dahin nicht.

---

30) BGH 24.03.1983 – VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 142

31) BGH 24.03.1983 – VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 142

### III. Rechtslage - BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05<sup>32)</sup>

#### 1. Zum Sachverhalt

Dem vom BGH mitgeteilten Sachverhalt ist zu entnehmen, daß die Bauträgersgesellschaft 1994/1995 eine Wohnanlage mit 32 Wohnungen errichtete, wobei die Wohnungen 1995 und das Gemeinschaftseigentum am 06.09.1996 abgenommen wurde. 1996 war das Vermögen der Bauträgersgesellschaft auf das Vermögen ihres alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers (= Beklagter) verschmolzen worden. Wann eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist und wer ihr alles angehörte bzw. nicht angehörte, wird im Urteil des BGH nicht mitgeteilt. Es wird folglich unterstellt, daß **nach** 1996 auf alle Besteller das Wohnungseigentum umgeschrieben worden war und die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich existent war.

Die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft forderte den Beklagten zur Mängelbeseitigung auf und nachdem dieser dem nicht entsprach, leitete sie ein selbständiges Beweisverfahren ein, dem sie eine Kostenvorschussklage anschloss.

#### 2. Die Entscheidung des BGH

Unter Hinweis auf vorangegangene Rechtsprechung des V. Senates des BGH<sup>33)</sup> und des § 10 Abs. 6 ff. WEG<sup>34)</sup> n.F. sieht der VII. Senat des BGH<sup>35)</sup> in der Wohnungseigentümergeinschaft einen „rechtsfähigen Verband sui generis“, der insoweit teilrechtsfähig sei, als es um die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rechtsverkehr gehe. Sie sei rechts- und parteifähig.<sup>36)</sup>

Soweit der BGH<sup>37)</sup> ausführt, wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums stünden den Erwerbenden aus denen mit dem Bauräger jeweils geschlossenen Verträgen Rechte zu, meint er damit Rechte der Besteller wegen Mängeln an der Bausubstanz, die sich seit Entstehen von Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum im Bereich des Gemeinschaftseigentum befinden. Zutreffend führt er weiter aus, diese Rechte seien nicht deshalb automatisch auf die Wohnungseigentümergeinschaft übergeleitet worden, weil die Wohnungseigentümergeinschaft rechts- und parteifähig sei. Und nunmehr unterscheidet der BGH zwischen

- der Geltendmachung und Durchsetzung von Rechten, für die die Wohnungseigentümergeinschaft **von vornherein** alleine zuständig sei und die ein einzelner Wohnungseigentümer nicht alleine geltend machen könne (**Minderung und kleiner Schadensersatz**)<sup>38)</sup> und

---

32) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084

33) BGH 02.06.2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 172, 177; BGH 24.06.2005 – V ZR 350/03, NJW 2005, 3146

34) Aufgrund der Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes vom 30.03.2007 (BGBl. I 2007, 370) gültig seit dem 01.07.2007

35) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 12

36) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 14

37) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 14

38) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 19

- solchen Rechten, die der Besteller von Wohnungseigentum individuell verfolgen könne, so lange nicht „gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers beeinträchtigt“ würden. Also könne der Besteller seine Rechte auf **großen Schadensersatz** oder **Wandlung** bzw. **Rücktritt** selbständig geltend machen.<sup>39)</sup> Ferner könne der Besteller Rechte individuell geltend machen, die auf eine ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichtet seien und daher der Wohnungseigentümergeinschaft zugute kämen. Dazu gehöre der **Mängelbeseitigungsanspruch**, und der **Anspruch auf Aufwendungsersatz**, ein **Kostenvorschussanspruch jedoch nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft**.<sup>40)</sup>

Und solche individuellen Rechte einzelner Wohnungseigentümer (**Mängelbeseitigung, Aufwendungsersatz, Kostenvorschuss, auf die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums gerichteter Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch**, letzteres unter Ausschluss des Erwerbers bezgl. der Verfolgung eigener Rechte) könne die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen, soweit sie bei Erfüllungs- oder Nacherfüllungsansprüchen auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichtet seien. Dazu gehörten auch Vorschuss- und Aufwendungsersatzansprüche. Und geschehe dies, so werde der einzelne Anspruchsinhaber von der Verfolgung solcher Rechte ausgeschlossen und alleine zuständig sei die Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>41)</sup>

Der BGH baut auf seiner Rechtsprechung seit 1979<sup>42)</sup> auf.<sup>43)</sup>

### 3. Fragwürdiges

#### 3.1 Grundlegende Vorüberlegungen

Werden vom Bauträger mehrere Bauträgerverträge abgeschlossen, die alle auf die Errichtung ein und desselben Mehrfamilienhaus gerichtet sind, so ist der Bauträger verpflichtet, dieses Mehrfamilienhaus zwar tatsächlich nur einmal zu errichten, rechtlich aber gegenüber jedem Besteller gleichermaßen. Dieser mehrfachen schuldrechtlichen Verpflichtung kommt der Bauträger beim klassischen Bauträgervertrag dadurch nach, daß er das geschuldete Gebäude samt darin befindlichen Wohnungen beim herkömmlichen Bauträgervertrag i.d.R. auf eigenem Grund und Boden errichtet, so daß aufgrund § 946 BGB der Bauträger Alleineigentümer der sukzessive errichteten Bausubstanz wird. Eine werdende bzw. endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gibt es mit oben Ausgeführtem zu dieser Zeit nicht, selbst wenn der Bauträger zu Anfang eine Aufteilung nach § 8 WEG vorgenommen hat. Folglich kann es schon deshalb keine Wohnungseigentümergeinschaft geben, die zur Geltendmachung von Rechten **von vornherein** alleine zuständig sein soll.

---

39) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 18

40) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 18

41) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 20, 22; *Niedenführ* NJW 2007, 1841, 1843

42) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 259

43) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 16

Kommt es zur Umschreibung von Wohnungseigentum auf einen bzw. zwei Besteller, dann entsteht die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft mit der oben beschriebenen Rechtsprechung automatisch. Ihr können alle Besteller angehören (Insider), sie müssen es aber mit oben Ausgeführten nicht (Outsider). Und dadurch daß eine Wohnungseigentümergeinschaft entsteht, tritt diese nicht automatisch in die schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen der Besteller zum Bauträger ein, die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft geworden sind (Insider), erst Recht nicht in die schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen der Besteller zum Bauträger, die der Wohnungseigentümergeinschaft nicht angehören (Outsider). Folglich ändert sich zunächst einmal dadurch, daß nach Abnahme irgendwann die Umschreibung von Wohnungseigentum auf Besteller erfolgt und dadurch automatisch eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entsteht, nichts an der fortbestehenden Existenz der schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen der Besteller zum Bauträger aufgrund der mit diesem abgeschlossenen Bauträgerverträge. Der Bauträger ist aufgrund der abgeschlossenen Bauträgerverträge zur mängelfreien Herstellung des vertraglich geschuldeten Bauvorhabens jedem einzelnen Besteller gegenüber verpflichtet, mit denen er solche Verträge abgeschlossen hat und zwar unabhängig davon, daß bei Vertragsabschluss und später die errichtete Bausubstanz sich wegen § 946 BGB im Alleineigentum des Bauträgers befand, bzw. sich mit Eigentums Umschreibung von Wohnungseigentum auf die Besteller diese sich dann im Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum **dieser** Besteller befindet. Folglich beantwortet sich auch die Frage, ob der Bauträger das dem jeweiligen Besteller gegenüber vertraglich Geschuldete vollständig und mängelfrei errichtet hat, alleine an dem im jeweiligen Bauträgervertrag vertraglich Vereinbarten. Und ist dies nicht der Fall, so stehen entsprechende Rechte alleine den Bestellern als jeweiligen Vertragspartnern des Bauträgers zu und niemandem Dritten, folglich auch keiner endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>44)</sup>

Stehen folglich Rechte bei nicht vertragsgemäßer Erfüllung der jeweiligen Bauträgerverträgen alleine den jeweiligen Bestellern des Bauträgers zu, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, wer diese Rechte der Besteller geltend machen kann: Jeder Besteller für sich oder auch Dritte, z.B. also die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft. Diese Frage hat aber nichts mit einer Änderung der Rechtsinhaberschaft zu tun, sondern mit der Frage einer Rechtsgrundlage für eine Ausübungs- bzw. Wahrnehmungsberechtigung.<sup>45)</sup>

### **3.2 Originäre alleinige und „von vornherein“ gegebene Rechtszuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum betr. kleiner Schadensersatz und Minderung ?**

Da dort, wo ein Bauträger im Geschosswohnungsbau ein Gebäude errichtet und vorab gem. § 8 WEG aufgeteilt hat, eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft i.d.R. erst dann entsteht, nachdem mit oben Ausgeführten **nach** Abnahme die Umschreibung von Wohnungseigentum auf einen bzw. zwei Besteller erfolgt ist, ohne daß einer solchen endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft alle Besteller angehören müssen (Outsider), sind folgende Ausgangspunkte des BGH nicht zutreffend:

---

44) *Pause/Vogel* NJW 2006, 3670; *Wenzel* NJW 2007, 1905

45) *Pause/Vogel* NJW 2006, 3670, 3671

- (1) Für die Geltendmachung und Durchsetzung von Rechten betreffend Minderung und kleiner Schadensersatz wegen Mängeln im Gemeinschaftseigentum sei die Wohnungseigentümergeinschaft „von vornherein zuständig.“<sup>46)</sup> Dagegen spricht, daß beim Bauträgervertrag dort, wo der Bauträger gem. § 8 WEG aufgeteilt hatte, bis zu einem Zeitpunkt **nach** Abnahme, zu dem die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft erst entsteht, eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft eben nicht von vornherein existiert hat. Einer von vornherein nicht existent gewesenen endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft können daher auch nicht originär irgendwelche Rechte (z.B. „Gewährleistungs“-Rechte **vor** Abnahme bzw. **vor** Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft) zugestanden haben.
- (2) Folglich dann ist auch der weitere Ausgangspunkt des BGH nicht zutreffend, die Verwaltungskompetenz einer Wohnungseigentümergeinschaft greife nicht erst dann, wenn das Bauwerk ordnungsgemäß hergestellt worden sei, sondern betreffe schon „anfängliche Mängel des Gemeinschaftseigentums.“<sup>47)</sup> Denn bis zum Entstehen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft frühestens **nach** Abnahme mit Umschreibung von Wohnungseigentum auf einen bzw. zwei Besteller kann es noch keine Mängel am Gemeinschaftseigentum gegeben habe. Dies auch deshalb nicht, da bis zur Umschreibung von Wohnungseigentum auf Besteller der Bauträger auf eigenem Grund und Boden gebaut hat und das so Errichtete dem Bauträger selbst gemäß § 946 BGB zu Allein-Eigentum zugewachsen ist. Der Anspruch der Besteller auf die Herstellung z.B. des Geschosswohnungsbau ist mithin nicht auf eine Sache gerichtet, die sich im Eigentum einer Gemeinschaft befindet, sondern die sich bis **nach** Abnahme zunächst im Alleineigentum des Bauträgers befindet, auch bezüglich der Bausubstanz (§ 946 BGB).

Wenn es folglich „anfängliche Mängel“ gibt (z.B. Mängel **vor** Abnahme), so befinden sich diese in einem Bauvorhaben, das sich im Alleineigentum des Bauträgers befanden. Und solche Mängel berühren allenfalls die **schuldrechtlichen** Ansprüche der Besteller als gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubiger auf Errichtung eines mangelfreien Bauvorhabens, haben aber nichts mit Eigentum zu tun.

- (3) Und schließlich ist mit oben Ausgeführtem daran zu erinnern, daß selbst mit Entstehen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft irgendwann **nach** Abnahme nicht gesagt ist, daß ihr auch alle bzw. nur Besteller angehören. Warum sollen mit Wirkung gegenüber Bestellern, die nicht der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft angehören (Outsider), der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft alleine und originär Rechte (kleiner Schadensersatz und Minderung wegen Mängeln an der Bausubstanz, die sich **nach** Entstehen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft im Gemeinschaftseigentum befinden) zustehen und damit Bestellern entzogen werden, die der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft nicht angehören (Outsider) ?

Wenn daher *Wenzel*<sup>48)</sup> meint, ein Erwerber von Wohnungseigentum könne seine individuellen Rechte aus dem Bauträgervertrag nur so lange selbständig geltend machen, als durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte

---

46) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 19; *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907

47) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 16

48) *Wenzel* NJW 2007, 1905

Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt werden, so bleibt folgendes ungeklärt: Wo ist eine **gesetzliche** Grundlage für diese These ? Aufgrund welcher **gesetzlichen** Grundlage soll der Outsider auf gemeinschaftsbezogene Interessen von Wohnungseigentümern einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft Rücksicht nehmen, der er nicht angehört ? Und aufgrund welcher **gesetzlichen** Grundlage soll ein Rechtsinhaber auf welche schützenswerte Interessen des Bauträgers Rücksicht nehmen, seien es Outsider oder Insider ?

**3.3 Individuelle Rechte des Erwerbers von Wohnungseigentum gegenüber dem Bauträger bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum, soweit gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer und schützenswerte Interessen des Bauträgers nicht beeinträchtigt sind (Großer Schadensersatz, Wandlung bzw. Rücktritt, Mängelbeseitigungsanspruch als Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsanspruch, Aufwendungsersatz- und Kostenvorschussanspruch) ?**

Bis zur Umschreibung von Wohnungseigentum vom Bauträger auf Besteller und dem Entstehen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft stehen den Bestellern Rechte aufgrund der von ihnen abgeschlossenen Bauträgerverträgen als gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubigern zu, nicht jedoch als Erwerber von Wohnungseigentum oder als Mitglieder einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft; denn bis dahin wurde noch kein Wohnungseigentum auf Besteller übertragen und Alleineigentümer von Grund und Boden samt der Bausubstanz ist alleine der Bauträger selbst. Großer Schadensersatz, Wandlung bzw. Rücktritt, Mängelbeseitigungsanspruch als Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsanspruch, Aufwendungsersatz- und Kostenvorschussanspruch sind mithin schuldrechtliche Ansprüche aufgrund der geschlossenen Bauträgerverträge. Weder haben sie etwas mit Wohnungseigentum zu tun, noch sind die Besteller bereits Erwerber von Wohnungseigentum.

Diese Einwände sind wie folgt zu vertiefen:

**3.4 Recht der Wohnungseigentümergeinschaft, durch Mehrheitsbeschluss individuelle Rechte von Wohnungseigentümern (Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche, Aufwendungsersatz- und Kostenvorschussanspruch) unter Rechtsentzug zu Lasten des Einzelnen an sich zu ziehen und als Prozessstandschafter geltend zu machen ?**

Da mit zuvor Ausgeführtem bis zur Umschreibung von Wohnungseigentum vom Bauträger auf Besteller und dem Entstehen einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft den Bestellern Rechte aufgrund der von ihnen abgeschlossenen Bauträgerverträgen als gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubigern zustehen, stellt sich die Frage, was es rechtlich bedeutet, daß irgendwann **nach** Abnahme auf einzelne Besteller Wohnungseigentum umgeschrieben wird.



Mit dem eingangs zu dem hiesigen Beispiel Ausgeführten wird deutlich:

- (1) Zunächst einmal ist unklar, ab wann **nach** Abnahme zeitlich und gegenständlich von einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft überhaupt gesprochen werden kann ? Ab der Umschreibung auf **einen** Besteller oder bedarf es der Umschreibung von Wohnungseigentum auf mindestens **zwei** Besteller ?
- (2) Es kommt häufig vor, daß einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft einzelne Besteller nicht angehören, weil auf sie eine Umschreibung von Wohnungseigentum nicht stattfindet, ja noch nicht einmal eine Besitzeinräumung erfolgt (z.B. wegen Mängeldiskussionen), die hier Outsider genannt werden, wie auch bezüglich nicht vertriebener Einheiten der Bauträger selbst Eigentümer bleibt. Ob in einer solchen Situation in der Wohnungseigentümergeinschaft überhaupt ein Mehrheitsbeschluss zustande kommt, kann sehr fraglich sein wie das eingangs dargestellte Beispiel zeigt. Gravierender ist, für den Fall eines solchen Mehrheitsbeschlusses die vom BGH beschriebenen Rechtsfolgen eintreten zu lassen und dies zu Lasten von Bestellern, die, da nicht Mitglieder der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft, eine Rechtsentzug über sich ergehen lassen sollen (Outsider) !? Vergleichbares gilt für Wohnungseigentümer, die überstimmt worden sind (Insider) !?
- (3) Warum sollen plötzlich schuldrechtliche Ansprüche, die den Bestellern als gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubigern gegen die Bauträgersgesellschaft zustanden, ohne daß dies irgendetwas mit Eigentumsfragen zu tun hatte, nunmehr plötzlich von einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft an sich gezogen und damit besagten Bestellern entzogen werden können und zwar sowohl Outsidern wie auch überstimmt Insidern ? Es wird deutlich, daß man gedankliche Klarheit gewinnt, wenn man zunächst einmal konstatiert, daß jedenfalls **bis** zur Abnahme und danach bis zur Begründung einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft Rechtsinhaber die Besteller als gemeinschaftliche Gläubiger bzw. Mitgläubiger sind – im Innenverhältnis als Bestellergemeinschaft bzw. als GbR als Innengesellschaft –, und diesen die „Gewährleistungs“-Rechte zustehen. Folglich spielt bis dahin auch die Frage der Prozessstandschaft einer noch nicht existenten endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft keine Rolle. Und damit würde auch eine Situation erfaßt wie die in dem eingangs beschriebenen Beispiel, in der es zu keiner endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft bzw. jedenfalls nicht zweifelsfrei zu einer solchen gekommen ist.
- (4) Also stellt sich die Frage, was sich mit Entstehen der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft irgendwann **nach** Abnahme ändert. Dies soll am eingangs beschriebenen Beispiel verdeutlicht werden:

Unterstellt, eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft würde schon mit der Umschreibung von Wohnungseigentum auf nur **einen** Besteller entstehen – was mit eingangs Ausgeführten in der Rechtsprechung umstritten ist - , so wäre eine solche endgültige Wohnungseigentümergeinschaft zwischen dem Bauträger (wegen der nicht vertriebenen Einheiten und der Einheit des B aufgrund des von diesem geltend gemachten großen Schadensersatzes) und C (Insider) zustande gekommen. A wäre Outsider.

Und da A mangels Besitzverschaffung zu keinem Zeitpunkt Mitglied einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft geworden war, hilft auch die Rechtsprechung des BayObLG<sup>49)</sup> nicht weiter, wonach mit Entstehen der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft dieser auch Mitglieder der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft angehören, auf die keine Umschreibung des Wohnungseigentums erfolgt. Eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft (bestehend aus dem Bauträger und C) und der Outsider A wären mithin **ab** dem Zeitpunkt des Entstehens einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft irgendwann **nach** Abnahme **nebeneinander** vorhanden.

Es ist nicht erkennbar, auf welcher rechtlichen Grundlage die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft Rechte des A an sich ziehen könnte. Schuldrechtliche Ansprüche sind vermögenswerte Rechte und damit verfassungsrechtliches Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>50)</sup> Das an sich Ziehen von dem A zustehenden Ansprüchen aufgrund der Rechtsprechung des BGH ist ein Eingriff in verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum des A.<sup>51)</sup> Eine dies rechtfertigende **gesetzliche** Grundlage (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) gibt es nicht, so daß ein Fall der Enteignung vorliegt, ohne daß dies zum Wohl der Allgemeinheit (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG) geschehen würde<sup>52)</sup> und ohne daß eine **gesetzliche** Grundlage gegeben wäre, die zudem Art und Ausmaß der Entschädigung regeln würde (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG).

Nicht anders ist es bei C, wenn mit dem BGH die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft dessen Ansprüche soll an sich ziehen können. § 10 Abs. 6 WEG n.F. ist dafür nämlich keine gesetzliche Grundlage. Denn dort heißt es, daß die Wohnungseigentümergeinschaft Inhaberin der **gesetzlich begründeten** und der **rechtsgeschäftlich erworbenen** Rechte und Pflichten ist (§ 10 Abs. 6 Satz 2 WEG). Daß die Wohnungseigentümergeinschaft Rechte Dritter ohne deren Zustimmung soll an sich ziehen können, ist **gesetzlich** nicht geregelt.

Die Begründung des BGH für ein an sich Ziehen überzeugt weder einfachrechtlich noch verfassungsrechtlich: Denn wenn der BGH<sup>53)</sup> ausführt, die aus dem Gesetz abgeleitete Befugnis der Wohnungseigentümergeinschaft überlagere von vornherein die individuelle Rechtsverfolgungskompetenz des Einzelnen und bestimme auch das Prozessführungsrecht, so wird dabei verkannt, daß vom Abschluss der Bauträgerverträge bis zur Umschreibung des Wohnungseigentums auf einen bzw. zwei Besteller/Erwerber irgendwann **nach** Abnahme überhaupt noch keine Wohnungseigentümergeinschaft besteht wie auch nicht gesagt ist, daß dieser alle Besteller/Erwerber angehören. Hinzu kommt, daß diese Begründung des BGH dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für das Entziehen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gerecht wird.

*Pause/Vogel*<sup>54)</sup> meinen zwar ebenfalls, dies ergebe sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut, es habe jedoch den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprochen, auch Rechte aus dem „Erwerbsvorgang“ der Wohnungseigentümergeinschaft zuzuordnen, was sich aus der Gesetzesbegründung ergebe.<sup>55)</sup> Dagegen ist folgendes zu erinnern: Bei der von *Pause/Vogel* in Bezug genommenen

---

49) BayObLG 11.04.1990 – BReg. 2Z 07/90, NJW 1990, 3216, 3218

50) BVerfG 08.07.1976 – 1 BvL 19 und 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 163, 294; BVerfG 08.06.1977 – 2 BvR 499/74 und 1042/75, BVerfGE 45, 142, 179

51) BVerfG 08.06.1977 – 2 BvR 499/74 und 1042/75, BVerfGE 45, 142, 179

52) Ähnlich BVerfG 08.07.1976 – 1 BvL 19 und 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 163, 294

53) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084 Rdn. 22

54) *Pause/Vogel* BauR 2007, 1298, 1299

55) BT-Drs. 16/3843, Seite 61

„BT-Drs. 16/3843, Seite 61“ handelt es sich nicht um die Gesetzesbegründung, sondern um die „Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss)“ zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.12.2006, der zudem insgesamt nur 30 Seiten umfaßt. In „BT-Drs. 16/3843, Seite 61“ ist zudem das nicht nachlesbar, was *Pause/Vogel* ansprechen. Anscheinend meinen denn auch *Pause/Vogel* eher BT-Drs. 16/887, Seite 61. Aber auch dort handelt es sich nicht um die Gesetzesbegründung, sondern um den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des WEG vom 09.03.2006. Und was dort die Bundesregierung sich vorgestellt hat, ist keine Gesetzesbegründung, ist schließlich doch Gesetzgeber das Parlament und nicht die Bundesregierung. Zutreffend ist, daß die Bundesregierung sich vorgestellt hat, daß auch Mängelansprüche der Wohnungseigentümer aus Erwerbsverträgen<sup>56)</sup> mit Bauträgern (betr. Minderung, kleiner Schadensersatz) unter der Voraussetzung eines bestandskräftigen Mehrheitsbeschlusses von der Wohnungseigentümergeinschaft an sich gezogen werden können. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich dies jedoch nicht einmal andeutungsweise, so daß im Hinblick auf die Gesetzesgrundlage für einen Eingriff in das verfassungsrechtliche Eigentum des einzelnen Bestellers/Erwerbers (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) folgende Rechtsprechung des BVerfG zusätzlich in Erinnerung zu bringen ist:

Allenfalls könnte man versucht sein, zu überlegen, ob der Begriff der „gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer“ in § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG eine Auslegung in der Weise zuläßt, wie es sich die Bundesregierung bei ihrer Gesetzesbegründung vorgestellt hat.<sup>57)</sup> Dabei ist aber einerseits zu beachten, daß als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>58)</sup> gesetzliche Regelungen dem Gebot der Normenklarheit so entsprechen müssen, daß Betroffene die Rechtslage erkennen können<sup>59)</sup> und ihr Verhalten daran ausrichten können wie auch andererseits vor diesem Hintergrund der Normenbestimmtheit die verfassungsrechtlichen Grenzen der Gesetzesauslegung zu beachten sind. Und dazu sind in der Rechtsprechung des BVerfG folgende Vorgaben vorhanden:

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“<sup>60)</sup>

---

56) Daß es sich bei Bauträgerverträgen um keine „Erwerbverträge“ handelt, scheint sich nicht einmal bis in’s Gesetzgebungsverfahren herumgesprochen zu haben.

57) BT-Drs. 16/887, Seite 61

58) BVerfG 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205, 212; BVerfG 07.05.2001 – 2 BvK 01/00, BVerfGE 103, 332, 384; BVerfG 17.07.2003 – 2 BvL 1/99 u.a., BVerfGE 108, 186, 234; BVerfG 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370, 396

59) BVerfG 07.07.1971 – 1 BvR 775/66, BVerfGE 31, 255, 264; BVerfG 22.06.1977 – 1 BvL 23/75, BVerfGE 45, 393, 420; BVerfG 26.09.1978 – 1 BvR 525/77, BVerfGE 49, 168, 181; BVerfG 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205, 212; BVerfG 07.05.2001 – 2 BvK 01/00, BVerfGE 103, 332, 384; BVerfG 17.07.2003 – 2 BvL 1/99 u.a., BVerfGE 108, 186, 234; BVerfG 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370, 396

60) Vergleichbar BVerfG 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, BVerfGE 10, 234, 245; BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126, 130 f.; BVerfG 18.10.1966 – 2 BvR 386, 478/63, BVerfGE 20, 283, 293; BVerfG 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109, 127; BVerfG 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246, 256

Und weiter führt das BVerfG<sup>61)</sup> aus, die Vorstellungen der gesetzgebenden Instanz dürfe nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden. Gesetzesmaterialien könnten keine verbindliche Auslegungsregeln enthalten.<sup>62)</sup> Denn:

„Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.“<sup>63)</sup>

Die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers muß sich mithin aus dem Gesetzeswortlaut ergeben und nicht unabhängig vom Gesetzeswortlaut, weil sonst nämlich dem zuvor beschriebenen verfassungsrechtlichen Gebot der Normenbestimmtheit nicht mehr Rechnung getragen wird.

Ist folglich schon zweifelhaft, ob § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen stand hält, soweit es um Rechte von Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft (sog. Insider) aus/aufgrund ihrer jeweils individuellen Bauträgerverträge geht, dann erst Recht bei den oben beschrieben sog. Outsider. Denn dieses hat selbst die Gesetzesbegründung der Bundesregierung nicht erfaßt, dieses Problem<sup>64)</sup> mithin völlig übersehen.

Legt man mithin verfassungsrechtlich die vorgenannten Maßstäbe der Rechtsprechung des BVerfG zu Grunde, so ist § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG keine gesetzliche Grundlage, die es der Wohnungseigentümergeinschaft gestattet, ob mit oder ohne Mehrheitsbeschluss Rechte von Insidern oder Outsider, die diesen aufgrund ihrer Bauträgerverträge gegenüber Bauträgern zustehen, gegen deren Willen bzw. ohne deren Zustimmung an sich zu ziehen. Im Falle fehlender Zustimmung fehlt es dann bei fehlender Ermächtigung auch an den Erfordernissen einer gesetzlichen oder gewillkürten Prozessstandschaft. Die dies anders sehende Entscheidung des BGH<sup>65)</sup> negiert folglich die vorgenannte Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG zur Normenbestimmtheit und den Grenzen der Gesetzesauslegung und behandelt nicht das Problem von Insidern und Outsider

Es hat mithin bei der **Rechtsinhaberschaft** von A und C zu bleiben. Hinzu kommt, daß der Bauträger nur diesen – nämlich A und C – und nicht einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft schuldrechtlich verpflichtet war und es ist und keine gesetzliche Grundlage ersichtlich ist, warum sich daran nur deshalb etwas ändern soll, weil sich irgendwann nach Abnahme endgültig eine Wohnungseigentümergeinschaft gebildet hat, der noch nicht einmal alle Besteller angehören.

Mithin kann sich allenfalls die Frage stellen, ob die Wohnungseigentümergeinschaft die A und C verbliebenen Ansprüche **ausüben** darf, was aber nicht die Rechtsinhaberschaft sondern die **Rechtsausübung** betrifft. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG n.F. regelt, daß die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gemeinschaftsbezogene Rechte der Wohnungseigentümer ausübe bzw. wahrnehme wie auch sonstige Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind. Ersichtlich fällt in dem oben beschriebenen Beispielfall A (Outsider) nicht darunter. Allenfalls für C (Insider) kann sich die Frage stellen, ob darunter auch Ansprüche fallen, die zu einem Zeitpunkt entstanden bzw.

---

61) BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126, 130

62) BVerfG 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109, 127

63) Vergleichbar BVerfG 19.12.1961 – 2 BvL 06/59, BVerfGE 13, 261, 268

64) Dazu umfassend *Wagner ZNotP* 2007, 288 m.w.N.

65) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221

angelegt waren, als es mit oben Ausgeführtem noch keine Wohnungseigentümergeinschaft gab.

Wird ein solchermaßen begründeter Anspruch des C nur deshalb zu einem gemeinschaftsbezogenen Recht, weil er inzwischen der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft angehört, sofern man der oben dargestellten Rechtsprechung folgen wollte, wonach schon die Umschreibung des Wohnungseigentums auf nur einen Wohnungseigentümer eine Wohnungseigentümergeinschaft entstehen läßt, was gesetzlich ebenfalls nicht geregelt ist. Diese These trägt begründete verfassungsrechtliche Zweifel in sich:

- Im obigen Beispiel würde dann mit dem BGH die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche des C (Insider) gegenüber dem Bauträger nicht auf Leistung an C geltend machen, sondern an die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft, der z.B. der Bauträger nicht unmaßgeblich selbst angehört. Es würde folglich nicht nur um die Rechtsausübung gehen, sondern zugleich einen verfassungsrechtlichen Eingriff in die Rechtsinhaberschaft bedeuten. Ein solcher Eingriff in das verfassungsrechtliche Eigentum des C aus Art. 14 Abs. 1 GG wäre **gesetzlich** nicht unterlegt.
- Die Rechtsprechung des BGH führt ferner dazu, daß im Falle des A dessen Anspruchsinhaberschaft und seine Befugnis, seine Ansprüche geltend machen zu dürfen, auseinanderfallen. Eine solche Verfügungsbeschränkung würde aber einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (Art. 14 Abs. 1 GG) wie dies z.B. bei § 1365 BGB (Verfügungsbeschränkung eines Ehegatten bei Verfügungen über das Vermögen im Ganzen), § 2211 BGB (Testamentsvollstrecker) oder dem Nachlassverwalter, Zwangsverwalter oder Insolvenzverwalter bekannt ist. Auch daran fehlt es, so daß es auch an den Voraussetzungen einer gesetzlichen Prozessstandschaft fehlt wie dies aber wegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erforderlich wäre, wenn die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft an Stelle des C dessen Ansprüche würde geltend machen wollen.<sup>66)</sup> Und an einer gewillkürten Prozessstandschaft fehlt es im Falle C, wenn dieser die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft zur Geltendmachung seiner Rechte nicht ermächtigt hat.

Bei einer Verfügungsbeschränkung wie der vom BGH beschriebenen bliebe ferner der Bauträger vertraglich neben A auch dem C gegenüber z.B. zur Mängelbeseitigung verpflichtet, während die Anspruchsdurchsetzung bei A (Outsider) dem A verblieben, dagegen bei C (Insider) die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt – auch verpflichtet ? – wäre. Ein rechtlich nicht stimmiges Ergebnis. Dabei bliebe zudem unberücksichtigt, daß Besteller eigene Ansprüche, die in einer Zeit entstanden bzw. angelegt waren, als es noch keine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gab, womöglich zum Zeitpunkt des Abschlusses ihrer Kreditverträge als zukünftige Ansprüche an „ihr“ finanzierendes Kreditinstitut abgetreten hatten, so daß auch deshalb eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft solche Ansprüche nicht mehr an sich ziehen könnte, einerlei ob man dies bei der Rechtsinhaberschaft oder bei der Rechtsausübung ansiedeln wollte.

Ich möchte es bei diesen Anmerkungen bewenden lassen, die sich erweitern lassen. Deutlich ist jedenfalls geworden, daß auch die Übertragung der **Rechtsausübung** auf die Wohnungseigentümergeinschaft vielzählige Fragen aufwirft, ohne daß man zu rechtlich stimmigen bzw. sicheren Ergebnissen können würde.

---

66) Die von *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1909 angenommene gesetzliche Prozessstandschaft ist nicht nachvollziehbar.

Und ein weiterer Hinweis sei erlaubt:

Die Rechtsprechung des BGH läuft darauf hinaus, daß ein Besteller, der irgendwann **nach** Abnahme aber vor Ablauf der Gewährleistungsfrist Mitglied einer endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft wird, das Recht verlieren soll, seine Ansprüche selbst geltend machen zu dürfen, sei es, daß ihm die Rechtsinhaberschaft ab- und der endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft zugesprochen wird (Minderung und kleiner Schadensersatz) oder daß ihm die Rechtsausübung genommen wird, indem die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft diese ohne dessen Zustimmung an sich ziehen kann (Mängelbeseitigung, Aufwendungsersatz, Kostenvorschuss). Dies alles ohne **gesetzliche** Grundlage. Wäre solches in einem Bauträgervertrag vertraglich geregelt worden, dann hätte es sich um eine mißbräuchliche Klausel i.S.d. Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. b) und q) VerbrRL (93/13/EWG) gehandelt. Denn es würde sich um eine ungebührliche Einschränkung der Geltendmachung eigener Rechte durch Verbraucher handeln wie ihnen auch insoweit das Recht genommen wird, selbst gerichtlich eigene Ansprüche geltend zu machen. Bedenkt man, daß Erwägungsgrund (4) VerbrRL (93/13/EWG) Mitgliedstaaten und zwar mit allen Institutionen – wozu auch Gerichte gehören - dafür sorgen müssen, daß die mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträge keine mißbräuchliche Klauseln enthalten dürfen und gemäß Erwägungsgrund (14) VerbrRL (93/13/EWG) Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, daß in ihren Rechtsvorschriften keine mißbräuchliche Klauseln ermöglicht werden, dann steht damit im Widerspruch, daß der BGH qua Rechtsprechung und ohne gesetzliche Grundlage einen Rechtsentzug bzw. Rechtsausübungsentzug zu Lasten von Verbrauchern festschreibt, der bei vertraglicher Regelung dem Verdikt der mißbräuchlichen Klausel i.S.d. Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. b) VerbrRL (93/13/EWG) unterfallen würde.

Bedenkt man weiter, daß gemäß Erwägungsgrund (21) Satz 2 VerbrRL (93/13/EWG) mißbräuchliche Klauseln in Verträge unverbindlich sind, dann steht es auch dazu im Widerspruch, wenn der BGH qua Rechtsprechung und ohne gesetzliche Grundlage einen Rechtsentzug bzw. Rechtsausübungsentzug zu Lasten von Verbrauchern verbindlich festschreibt. Und bedenkt man schließlich, daß gemäß Erwägungsgrund (24) VerbrRL (93/13/EWG) Gerichte darüber wachen müssen, daß in Verbraucherverträgen keine mißbräuchliche Klauseln zur Anwendung kommen, dann steht es damit indirekt im Widerspruch, wenn der BGH qua Rechtsprechung und ohne gesetzliche Grundlage einen Rechtsentzug bzw. Rechtsausübungsentzug zu Lasten von Verbrauchern verbindlich festschreibt, den er als Gericht für unverbindlich erklären müßte, wenn er vertraglich vereinbart worden wäre (siehe auch Art. 6 Abs. 1 VerbrRL (93/13/EWG)).

### 3.5 Schlussfolgerung

Will man die vom BGH aufgezeigten Probleme vermeiden, dann müßte der BGH sich um ein neues, anderes, Konzept bemühen. Dieses könnte von folgenden, oben schon angedeuteten, Punkten ausgehen:

- (1) Die Frage, ob der Bauträger das dem jeweiligen Besteller gegenüber vertraglich Geschuldete vollständig und mängelfrei errichtet hat, ist alleine an dem im jeweiligen Bauträgervertrag vertraglich Vereinbarten zu messen. Und ist dies nicht der Fall, so stehen entsprechende Rechte alleine den Bestellern als jeweiligen Vertragspartnern des Bauträgers als gemeinschaftliche Gläubiger des Bauträgervertrages i.S.d. § 432 Abs. 1 BGB bzw. als Mitgläubiger zu und niemandem Dritten, folglich auch keiner Eigentümergemeinschaft und keiner endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft. Damit erledigen sich zugleich aufgezeigte Probleme betr. Insider und Outsider.

- (2) Das Innenverhältnis der Mitgläubiger sollte vertraglich geregelt werden, was z.B. mittels eines Gesellschaftsvertrages einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft erfolgen kann.<sup>67)</sup>
- (3) Um ein Minderungsrecht geltend machen zu können, müssen allerdings alle Besteller als Gesamtgläubiger (§ 432 Abs. 1 Satz 1 BGB) – nicht eine Eigentümergemeinschaft und auch keine Wohnungseigentümergeinschaft – dieses geltend machen. § 638 Abs. 2 BGB ist hier direkt nicht anwendbar, weil es beim Geschosswohnungsbau nicht um **einen** Besteller geht, der sich aus mehreren Personen zusammensetzt, sondern um mehrere Besteller.<sup>68)</sup>
- (4) Ist eine Wohnungseigentümergeinschaft endgültig entstanden, dann gibt es ab dann Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum. Daß es Besteller gibt, die ihr nicht angehören (Outsider), spricht nicht dagegen. Wenn folglich Mängel beseitigt werden sollen, die sich am Grundstück, der Außenanlage oder in der Bausubstanz befinden, die sich im Gemeinschaftseigentum befinden, wird zur Durchführung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen - nicht zur Geltendmachung entsprechender Ansprüche - die **Zustimmung** der Wohnungseigentümergeinschaft erforderlich sein. Alleine deshalb wird die endgültigen Wohnungseigentümergeinschaft im Innenverhältnis diesbezüglich einen Beschluss fassen müssen.<sup>69)</sup>

So lange es bei der Rechtsprechung des BGH<sup>70)</sup> bleibt, gibt es in Anbetracht oben angesprochener Unklarheiten keinen rechtlich sicheren Weg der Beurkundung eines Bauträgervertrages im Geschosswohnungsbau. Folglich ist es dem beurkundenden Notar auch nicht möglich seiner Amtspflicht des sichersten Weges zu entsprechen,<sup>71)</sup> wozu auch gehört, EU-Gemeinschaftsrecht wie z.B. die VerbrRL (93/13/EWG), durchzusetzen.<sup>72)</sup> Vor diesem Hintergrund hat die Rechtsprechung des BGH es denen einen Bauträgervertrag beurkundenden Notaren auch schwer gemacht, die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 geforderte schriftliche Wirksamkeitsmitteilung abzugeben. Denn folgen Notare bei der Beurkundung eines Bauträgervertrages dem BGH, so stellt dies in Anbetracht der oben aufgezeigten – noch nicht einmal vollständigen – Probleme keinen sicheren Weg dar und würde man meinem Vorschlag folgen, so würden Notare sich gegen den BGH stellen, was selbstredend auch kein sicherer Weg wäre.

#### IV. Welche Konsequenzen könnten gezogen werden ?

Es sollte nicht negiert werden, daß im Geschosswohnungsbau und bei Bauträgermodellen die Besteller, die jeder einzelne mit dem Bauträger jeweils einen Bauträgervertrag geschlossen haben (vertikale Rechtsbeziehungen), untereinander ebenfalls in Rechtsbeziehungen stehen. Denn die vielzähligen Bauträgerverträge können ja nicht darüber hinweg täuschen, daß nur ein Gesamt-

---

67) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 638 Rdn. 12

68) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 638 Rdn. 19

69) *Wagner* WuB IV A. § 634 BGB 1.06 zu BGH 27.06.2006 – VII ZR 276/05, WM 2006, 1901

70) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, WM 2007, 1084

71) BGH 21.03.1989 – IX ZR 155/88, NJW-RR 1989, 1492, 1494; BGH 27.10.1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; BGH 02.07.1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; BGH 15.01.1998 – IX ZR 04/97, WM 1998, 783, 784; BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431; BGH 03.03.2005 – III ZR 353/04, WM 2005, 1328, 1329

72) *Heinrichs* NJW 1995, 153, 157; *Vogel* BauR 2006, 744, 745; *Wagner* ZfIR 2001, Sonderbeilage zu Heft 10, Seite 5; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 20 ff.; *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen, (07/2005), Fach 8410 Rdn. 116 ff.

bauvorhaben errichtet wird, jedoch die rechtliche Verpflichtung dazu seitens des Bauträgers nicht nur einmal sondern mehrfach gegenüber jedem Besteller besteht. **Diese** horizontale Rechtsbeziehung der Besteller untereinander kann dann, wenn der Erwerber nach Abschluss des Bauträgervertrages und der Zahlung des auf ihn entfallenden Grundstücksanteils das Wohnungseigentum überschrieben erhält, die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft sein. Aus oben dargestellten verfassungsrechtlichen Gründen und Gründen der VerbrRiL ist es jedoch rechtlich sehr unsicher, dem BGH<sup>73)</sup> darin zu folgen, eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft könne nach entsprechender Mehrheitsbeschlussfassung Gewährleistungsansprüche des einzelnen Erwerbers auch gegen dessen Willen an sich ziehen.<sup>74)</sup> Und auch die Annahme des BGH von einer angeblich vorhandenen **gesetzlichen** Prozessstandschaft lassen sich für Bauträgerverträge im Geschosswohnungsbau nicht in einer dem Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG genügenden Weise aus dem WEG ableiten.<sup>75)</sup> Deshalb liegt es näher, Rechtssicherheit auf **vertraglichem** Wege i.V.m. Ermächtigungen zwecks Erlangung einer **gewillkürten** Prozessstandschaft zu erreichen. Dies könnte auf folgende Weise geschehen:

Teilt der Bauträger beim Geschosswohnungsbau von vornherein gem. § 8 WEG auf und schreibt er das jeweilige Wohnungseigentum grundbuchmäßig von Anfang an nach Zahlung für den Grundstücksanteil auf den jeweiligen Erwerber um, dann wird der jeweilige Erwerber von Anfang an ab diesem Zeitpunkt Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft. In der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft wäre ausdrücklich zu regeln, zur Geltendmachung welcher gemeinschaftsbezogenen Rechte<sup>76)</sup> sie nach Vorliegen welcher Voraussetzungen berechtigt sein soll.<sup>77)</sup> Denn § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG n.F. verwendet zwar den Begriff „gemeinschaftsbezogene Rechte“, erklärt aber nicht, was damit alles gemeint sein soll.<sup>78)</sup> Im jeweiligen Bauträgervertrag des jeweiligen Erwerbers mit dem Bauträger wäre zu vereinbaren, daß und unter welchen Voraussetzungen die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt sein soll, gemeinschaftsbezogene Rechte – die im einzelnen zu beschreiben sind - auf welche Weise geltend zu machen berechtigt sein soll, wenn sie dem Bauträger nachweist, vom jeweiligen Erwerber dazu ermächtigt worden zu sein.

Bei dieser Gelegenheit kann sich auch empfehlen, im jeweiligen Bauträgervertrag zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt sein soll, Rechte des jeweiligen Erwerbers im Zusammenhang mit seinem Sondereigentum gegenüber dem Bauträger geltend zu machen, wenn ein Gemeinschaftsbezug besteht und wenn dem Bauträger gegenüber jeweils nachgewiesen worden ist, daß diesbezüglich eine Ermächtigung des jeweiligen Erwerbers gegeben ist.

---

73) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221

74) Wagner ZNotP 2007, 288

75) Wagner ZNotP 2007, 288, 296; a.A. anscheinend *Pause/Vogel* BauR 2007, 1298, 1299 u.H.a. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/3843, Seite 61, andererseits verweisen auch diese darauf, daß eine ausschließliche Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft in einer Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG tangierenden Weise in Erwerberrechte eingreifen könne.

76) Dazu *Pause/Vogel* BauR 2007, 1298, 1299 f.

77) *Pause/Vogel* BauR 2007, 1298, 1302: Denkbar sollen sein der Nacherfüllungsanspruch, Aufwendungsersatzanspruch, Kostenvorschussanspruch, kleiner Schadensersatzanspruch, Minderungsanspruch, das Recht zum Abschluss eines Vergleiches, nicht jedoch das Recht zur Abnahme des „Gemeinschaftseigentums“.

78) *Pause/Vogel* BauR 2007, 1298, 1299