

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 2, 8; HGB § 12 – Gründung einer GmbH durch eine GbR; Nachweis der Vertretung der GbR

BGB §§ 181, 1795 Abs. 2, 1915 Abs. 1 – Mehrfachvertretung; Ergänzungspfleger; Befreiung; Genehmigung; Heilung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 687 Abs. 1, 812, 951; WEG § 21 Abs. 4 – Kein Ersatzanspruch des Wohnungseigentümers bei eigenmächtiger Durchführung von Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG §§ 2, 8; HGB § 12 Gründung einer GmbH durch eine GbR; Nachweis der Vertretung der GbR

#### I. Sachverhalt

Der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sieht vor, dass die Gesellschaft durch drei bestimmte Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten wird. Die übrigen Gesellschafter sind von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen.

Im Rahmen der „Umwandlung“ der GbR in eine GmbH & Co. KG wird nunmehr eine neue GmbH gegründet, deren Geschäftsführer ebenfalls die drei geschäftsführenden GbR-Gesellschafter sein sollen. Alleingesellschafter dieser GmbH ist die GbR.

#### II. Fragen

1. Wird die GbR bei der Gründung der GmbH durch

die drei geschäftsführenden Gesellschafter oder durch alle Gesellschafter vertreten?

2. Muss nachgewiesen werden, dass die drei handelnden Gesellschafter zur Geschäftsführung berufen sind? Genügt insoweit eine entsprechende Erklärung der übrigen Gesellschafter? Muss diese Erklärung notariell beglaubigt sein?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. GbR als (Allein-)Gesellschafterin einer GmbH

Eine GbR kann an der Errichtung einer GmbH mitwirken und dabei eine Stammeinlage übernehmen (BGH NJW 1981, 682; OLG Hamm MittBayNot 1996, 126 f. = DNotI-Report 1996, 41; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 1 Rn. 33; MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 98; J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 23; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 11; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 922). Nach heute wohl unbestrittener Ansicht kann die GbR sogar alleinige Gründerin und Gesellschafterin der GmbH sein (Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 33).

## 2. Vertretung der GbR bei Gesellschaftsgründung

### a) Vertretungsberechtigung

Nach dem Gesetz wird die GbR durch sämtliche Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten (§§ 709, 714 BGB); der **Gesellschaftsvertrag** kann dies jedoch abweichend regeln. Unabhängig davon, ob die Vertretungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, hat sie nach heute h. M. organschaftlichen Charakter (Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 714 Rn. 1; MünchKommBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 714 Rn. 16; implizit auch BGH DNotZ 2005, 710 = DStR 2005, 614).

Sind im vorliegenden Fall nach dem Gesellschaftsvertrag drei bestimmte Gesellschafter zur gemeinschaftlichen Vertretung der GbR berechtigt, so können diese die GbR bei der GmbH-Gründung aus materiell-rechtlicher Sicht grundsätzlich allein vertreten.

### b) Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht nach § 2 Abs. 2 GmbHG

Problematisch ist jedoch der Nachweis der Vertretungsbefugnis der handelnden Gesellschafter für die Gesellschaft bzw. die übrigen Gesellschafter. Es stellt sich zunächst die Frage nach der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 GmbHG. Diese Vorschrift gilt nach allgemeiner Auffassung zwar **nicht für die organschaftliche Vertretungsmacht** (Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 24; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 2 Rn. 29, 35; C. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 55). Vor dem Hintergrund der heute h. M. zur Rechtsnatur der Vertretungsmacht der GbR-Geschäftsführer könnte daraus in materiell-rechtlicher Hinsicht also herzuleiten sein, dass die Vorschrift auch auf GbR-Geschäftsführer nicht anzuwenden ist. Andererseits ergibt sich aus den Kommentierungen zu § 2 Abs. 2 GmbHG, dass der Grund für die Nichtgeltung bei organschaftlichen Vertretern in der **Möglichkeit des registerlichen Nachweises der Vertretungsmacht** liegt (vgl. MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 71). Demnach ließe sich auch argumentieren, dass wegen **fehlender Registerpublizität der GbR** § 2 Abs. 2 GmbHG gleichwohl anzuwenden sei (so wohl auch Endlich, Die GbR als Alleingesellschafterin einer GmbH, 2008, S. 67 ff., der offenbar entsprechend § 2 Abs. 2 GmbHG die Vorlage eines notariell beglaubigten/ beurkundeten Gesellschaftsvertrags als Wirksamkeitsvoraussetzung der Gründung betrachtet).

*Fastrich* (§ 2 Rn. 24) führt lediglich aus, dass die organschaftliche Vertretung „in der jeweils geeigneten Form nachgewiesen“ werden müsse. Demnach würde der einfache – auch nicht beglaubigte – Gesellschaftsvertrag ausreichen. In die gleiche Richtung deutet die Kommentierung von *C. Schmidt-Leithoff* (§ 2 Rn. 55), wenn

er ausführt, dass bei juristischen Personen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts (die gerade nicht in ein Register eingetragen sind) die Urkunde über die bestehende Vertretungsmacht genüge. Die Urkunde diene lediglich diesem Nachweis und bedeute keineswegs eine Vollmachtserteilung; daher bedürfe sie auch nicht der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG.

Auch wenn die Rechtslage noch **nicht abschließend** – gerichtlich – **geklärt** ist, sollte u. E. bei der GmbH-Gründung die Vorlage des einfachen Gesellschaftsvertrags als Nachweis der Vertretungsmacht ausreichen.

### c) Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht nach § 12 HGB

Möglicherweise folgt das Erfordernis des formgerechten Vertreternachweises aus § 12 HGB. Nach dieser Vorschrift ist im Handelsregisterverfahren das Bestehen der organschaftlichen Vertretungsmacht vom Registergericht von Amts wegen zu prüfen. Im Falle der GbR soll daher ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag oder entsprechend § 12 Abs. 1 S. 2 HGB ein Gesellschaftsvertrag mit notariell beglaubigten Unterschriften vorzulegen sein (Krafka, Rn. 118).

Allerdings gilt § 12 HGB von seinem Wortlaut her nur für die Vertretungsmacht der anmeldenden Person. Daher ist nach § 12 Abs. 1 S. 2 HGB auch **nur die Vertretungsmacht des konkret Anmeldenden** nachzuweisen – im vorliegenden Fall also der drei **Geschäftsführer der GmbH**. Dieser Nachweis kann im Einklang mit der gängigen Praxis durch die Übersendung der GmbH-Gründungsurkunde, enthaltend die Geschäftsführerbestellung, geführt werden.

### d) Ergebnis

Unseres Erachtens kann die GmbH von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern der GbR auch dann gegründet werden, wenn bloß ein formloser GbR-Gesellschaftsvertrag existiert. Da aber die Rechtslage nach wie vor nicht durch Rechtsprechung abgesichert ist, sollte als **sicherster Weg** womöglich die **Gründung mit sämtlichen Gesellschaftern** gewählt werden. Bei der Einmanngründung ist nämlich – wenn man entgegen der oben geäußerten Ansicht einen Verstoß gegen § 2 Abs. 2 GmbHG bejaht – die vollmachtlose Gründung unheilbar nichtig (vgl. MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 74; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.5.2019, § 2 Rn. 24).

Zu beachten ist weiter, dass wegen fehlender Registerpublizität der GbR deren **sämtliche Gesellschafter** (nicht nur die Gesellschaft) sowohl **in der Gesellschafterliste** nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 wie auch **in der**

**Satzung der GmbH genannt** werden müssen (MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 100)

Praktisch ließen sich die vorstehend besprochenen Nachweisprobleme weitgehend dadurch beseitigen, dass den geschäftsführenden GbR-Gesellschaftern eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt wird, denn die Vorlage dieser Urkunde erbringt gem. § 172 Abs. 1 BGB den Nachweis der Vertretungsmacht.

---

## **BGB §§ 181, 1795 Abs. 2, 1915 Abs. 1 Mehrfachvertretung; Ergänzungspfleger; Befreiung; Genehmigung; Heilung**

---

### **I. Sachverhalt**

Es wird eine Erbauseinandersetzung beurkundet. Mitglied der Erbengemeinschaft ist u. a. ein Minderjähriger, der durch einen Ergänzungspfleger vertreten wird. Der Ergänzungspfleger handelt bei der Beurkundung gleichzeitig für ein weiteres Mitglied der Erbengemeinschaft. Die Bestallungsurkunde enthält keine Aussage darüber, ob der Ergänzungspfleger von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

### **II. Fragen**

1. Ist § 181 BGB auf den Ergänzungspfleger anzuwenden?
2. Kann das Familiengericht den Ergänzungspfleger von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien?
3. Wird die Doppelvertretung des Ergänzungspflegers geheilt, wenn das Familiengericht die Urkunde genehmigt?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Grundsätzliche Anwendung des § 181 BGB auf den Ergänzungspfleger**

Gem. § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB sind auf den Ergänzungspfleger die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Damit ist u. a. auf § 1795 Abs. 2 BGB verwiesen, der die Anwendung des § 181 BGB ausdrücklich auch für den Vormund anordnet. Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass § 181 BGB für den Ergänzungspfleger (ebenso wie für alle anderen gesetzlichen Vertreter) gilt (unstr., vgl. nur BeckOGK-BGB/Sonnenfeld, Std.: 1.8.2019, § 1795 Rn. 106; MünchKommBGB/Spickhoff, 7. Aufl. 2017, § 1795 Rn. 43).

#### **2. Möglichkeit der Befreiung durch das Familiengericht**

Rechtsgeschäftliche Vertreter können gem. § 181 BGB vom Vertretenen befreit werden (s. Gesetzeswortlaut: „soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist“). Eine Befreiung durch das Familiengericht im Falle der Vormundschaft oder Pflegschaft ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

Nach ständiger **Rechtsprechung** kommt eine solche **Befreiung nicht** in Betracht (OLG Hamm OLGZ 1975, 173; BGH NJW 1956, 1433, 1434; RGZ 67, 61, 63). Man argumentiert insoweit formal mit der Anordnung des § 1795 Abs. 2 BGB, ohne näher zu erörtern, warum die Gestattung nicht möglich sein soll. Die **Literatur folgt** der Rechtsprechung dennoch nahezu einhellig (Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 181 Rn. 57; BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.5.2019, § 181 Rn. 35; BeckOGK-BGB/Fröhler, Std.: 1.7.2019, § 181 Rn. 356; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 181 Rn. 91; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage 2016, § 49 Rn. 116; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 48 Ziff. 6). Als Begründung wird einerseits angeführt, dass das Gesetz eine Befreiung des gesetzlichen Vertreters von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht vorsehe (Wolf/Neuner, § 49 Rn. 116). Andererseits wird darauf verwiesen, dass das **Familiengericht nicht zur Vertretung des gesetzlich Vertretenen befugt** sei, sondern lediglich fürsorgliche Aufgaben wahrnehme (Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 57; MünchKommBGB/Schubert, § 181 Rn. 91). § 181 BGB setze aber gerade eine Gestattung der Mehrfachvertretung oder des Selbstkontrahierens durch den *Vertretenen* voraus.

Zwingend ist die ablehnende Ansicht nach dem Wortlaut des § 181 BGB freilich nicht. Die Norm enthält keine ausdrückliche Aussage dazu, wer die Gestattung zu erteilen hat. Eine Mindermeinung erkennt deshalb auch eine Befreiung durch das Familiengericht an (Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 181 Rn. 42 m. w. N. in Fn. 263). Argumentiert wird allerdings mit „praktischen Vorteilen“, also vom Ergebnis her.

In der Praxis wird man weiterhin die Rechtsprechung und ganz h. M. beachten müssen, wonach eine Befreiung des gesetzlichen Vertreters durch das Familiengericht weder im Voraus noch nachträglich (durch Genehmigung) in Betracht kommt (vgl. Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 47).

#### **3. Fazit**

§ 181 BGB ist auf den Ergänzungspfleger anzuwenden. Befreit werden kann der Ergänzungspfleger indes nicht. Auch eine Genehmigung des verbotenen In-sich-

Geschäfts durch das Familiengericht kommt nicht in Betracht.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### BGB § 1831

#### **Auflassungsvollmacht und Finanzierungsvollmacht vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Wirksamkeit**

Abruf-Nr.:

### EGBGB a. F. Art. 15 Abs. 1

#### **Polen: Haftung eines Ehepartners für Schulden des anderen**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 687 Abs. 1, 812, 951; WEG § 21 Abs. 4

#### **Kein Ersatzanspruch des Wohnungseigentümers bei eigenmächtiger Durchführung von Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum**

**a) Dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, steht kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zu. Das gilt auch dann, wenn die von dem Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen (insoweit Aufgabe von Senat, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 12 f.).**

**b) Auch wenn der Wohnungseigentümer eine Maßnahme zur Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums in der irrigen Annahme durchführt, er habe diese als Sondereigentümer auf eigene Kosten vorzunehmen (hier: Fenstererneuerung), besteht ein solcher Anspruch nicht.**

BGH, Urt. v. 14.6.2019 – V ZR 254/17

### Problem

In der Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft war (auszugsweise) folgende Regelung zu Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten und zur diesbezüglichen Kostentragung enthalten:

*„Jeder Wohnungseigentümer ist zur ordnungsgemäßen Instandhaltung und Instandsetzung seiner Wohnung sowie der dem Sondereigentum zugeordneten Sondernutzungsbereiche und der darin befindlichen Anlagen und Ausstattung, auch soweit sich diese im gemeinschaftlichen Eigentum befinden und unbeschadet eines eventuellen Mitbenutzungsrechts der anderen Wohnungseigentümer bzw. Bewohner, verpflichtet. [...] Er hat hierfür die Kosten einschließlich etwaiger Betriebskosten zu tragen. Die Verpflichtung umfasst insbesondere: [...] b) die Fenster einschließlich der Rahmen, der Verglasung und der Beschläge, jedoch ausschließlich des Farbanstrichs der Außenseite der Fenster und Wohnungsabschlusstüren.“*

In Kenntnis dieser Regelung ließ der Kläger im Bereich seines Sondereigentums die einfach verglasten Holzfenster aus den 70er Jahren durch moderne Kunststofffenster mit Dreifachisolierverglasung ersetzen. Viele der anderen Wohnungseigentümer hatten in ihren Wohnungen bereits das Gleiche getan.

Die Wohnungseigentümer waren dabei jeweils übereinstimmend davon ausgegangen, dass auch eine notwendige Erneuerung der Fenster Sache der jeweiligen Sondereigentümer sei.

### Entscheidung

Das auf Kostenerstattung gerichtete Begehren des Klägers hat der BGH nun unter Aufrechterhaltung der Entscheidungen von Amtsgericht und Landgericht letztinstanzlich zurückgewiesen. Seine ausführliche Urteilsbegründung stützt er dabei auf folgende Erwägungen:

Im Ausgangspunkt sei durch Auslegung der vorgenannten Gemeinschaftsordnungsregelung davon auszugehen, dass die vollständige Erneuerung der Fenster im räumlichen Bereich des Sondereigentums des Klägers gemeinschaftliche Aufgabe der Wohnungseigentümer gewesen sei. Die Fenster nebst Rahmen stünden nämlich gem. § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum (BGH NZM 2012, 419 Tz. 7 = NJW 2012, 1722). Dies habe nach der gesetzlichen Kompetenzzuweisung zur Folge, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für ihren Austausch zuständig sei (§ 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG bzw. § 22 WEG) und die damit verbundenen Kosten zu tragen habe (§ 16 Abs. 2 WEG). Davon könnten die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung

abweichen, sofern sie eine klare und eindeutige Regelung trafen. Im Zweifel bleibe es aber bei der gesetzlichen Zuständigkeit.

In der vorliegenden Gemeinschaftsordnung sei eine abweichende Regelung zur Erneuerung der Fenster und zu den damit verbundenen Kosten gerade nicht enthalten. Weise die Teilungserklärung die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster nebst Rahmen im räumlichen Bereich des Sondereigentums den einzelnen Wohnungseigentümern zu und nehme sie dabei den Außenanstrich aus, so sei eine vollständige Erneuerung der Fenster im Zweifel Sache der Gemeinschaft (vgl. BGH NZM 2012, 419 Tz. 9).

Die Erstattung seiner Kosten könne der Kläger aber gleichwohl nicht verlangen. Als Anspruchsgrundlage kämen insoweit nur die allgemeinen Vorschriften der **Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687 Abs. 1 BGB)** oder des **Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB)** in Betracht. Beide seien jedoch im Ergebnis **nicht einschlägig**.

Der BGH bekräftigt dabei zunächst seine Grundsatzentscheidung vom 25.9.2015 (NJW 2016, 1310 Tz. 13), wonach dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, grundsätzlich kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zusteht: Nach § 21 Abs. 4 WEG könne jeder Wohnungseigentümer eine Verwaltung verlangen, die den Vereinbarungen und Beschlüssen und (soweit solche nicht bestehen) dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspreche. Zu dieser ordnungsmäßigen Verwaltung im Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer gehöre gem. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG insbesondere die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Solange sie das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachteten und im Grundsatz Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Wohnungseigentümer nähmen, sei den Wohnungseigentümern insoweit jedoch ein gewisser Gestaltungsspielraum zugestehen. Deshalb seien sie berechtigt, Kosten und Nutzen einer Maßnahme gegeneinander abzuwägen und nicht zwingend erforderliche Maßnahmen ggf. zurückzustellen. Weil diese Grundsätze in den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts keinen Niederschlag fänden, sei deren Anwendung durch § 21 Abs. 4 WEG als speziellere Norm ausgeschlossen.

In **Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung**, wonach eine **Kostenerstattung bei einer sog. Ermes-**

**sensreduzierung auf Null** ausnahmsweise dennoch in Betracht kam (vgl. NJW 2016, 1310 Tz. 12 f.), lehnt der BGH die Erstattungsfähigkeit aber auch dann ab, wenn die vom Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen. **Gegen** die Anerkennung einer solchen **Ausnahme** sprächen bereits die **Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten** bei der Feststellung einer Reduzierung des Entschließungsermessens der Wohnungseigentümer. Wegen des verbleibenden Gestaltungsspielraums (isolierte Durchführung der Maßnahme oder zusammen mit anderen Arbeiten, Auswahl des zu beauftragenden Handwerksunternehmens etc.) müssten die Wohnungseigentümer selbst über eine zwingend gebotene und keinen Aufschub duldende Instandsetzungs- oder Instandhaltungsmaßnahme einen Beschluss fassen.

Dem betroffenen Wohnungseigentümer sei es auch zuzumuten, das vom WEG vorgegebene Verfahren einzuhalten. Er könne einen Beschluss der Wohnungseigentümer über die Durchführung der erforderlichen Maßnahme herbeiführen. Finde der Antrag in der Wohnungseigentümerversammlung nicht die erforderliche Mehrheit, so sei er auf die Beschlussersetzungsklage nach § 21 Abs. 8 WEG verwiesen. Bei Bedarf komme zudem eine einstweilige Verfügung in Betracht. Den Vollzug des Beschlusses der Wohnungseigentümer bzw. des nach § 21 Abs. 8 WEG durch gerichtliches Gestaltungsurteil herbeigeführten Beschlusses könne der einzelne Wohnungseigentümer vom Verwalter als dem zuständigen Vollzugsorgan gem. § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG verlangen. Ein eigenmächtiges Vorgehen lasse das Gesetz dagegen nur ausnahmsweise in den engen Grenzen der Notgeschäftsführung zu (§ 21 Abs. 2 WEG).

Insoweit könne man Parallelen zur kaufrechtlichen Mängelgewährleistung und zu dem dort zum Schutz des Verkäufers verankerten „Recht zur zweiten Andienung“ sowie zum mietrechtlichen Grundsatz der vorrangigen Mängelbeseitigung durch den Vermieter ziehen. Der Vorrang der spezialgesetzlichen Regelungen solle den Verpflichteten in den genannten Fällen davor schützen, vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden. Entsprechendes gelte für die Vorschriften des WEG über die Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums.

Auch dass der Kläger und die anderen Wohnungseigentümer die Erneuerung der Fenster vorliegend wegen **fehlerhafter Auslegung der Teilungserklärung** für eine Aufgabe der jeweiligen Sondereigentümer gehalten hatten, rechtfertigt nach Ansicht des BGH kein abweichendes Ergebnis: Zwar liege es nicht auf der Hand,

dass dem Wohnungseigentümer bei einer solchen Sachlage kein Ersatzanspruch nach den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die aufgedrängte Bereicherung zustehe, denn für den irrenden Wohnungseigentümer bestehe regelmäßig keine Veranlassung, die übrigen Wohnungseigentümer mit der Maßnahme zu befassen. Entgegen einer in Instanzrechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassung (s. etwa OLG Hamburg NZM 2002, 872, 873) sprächen aber die besseren Argumente gegen einen Ersatzanspruch. Gleiches habe zu gelten, wenn der Wohnungseigentümer die Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme aufgrund eines nichtigen Beschlusses auf eigene Kosten durchführe (a. A. OLG Düsseldorf NJW 2008, 3227, 3228; BeckOK-BGB/Gehrlein, Std.: 1.5.2019, § 683 Rn. 4). Konsequenterweise verneint der BGH in diesen Konstellationen auch einen Anspruch des Wohnungseigentümers auf Beschlussfassung über die Erstattung seiner Instandsetzungskosten aus der Instandhaltungsrücklage (a. A. LG Düsseldorf, ZMR 2015, 478, 479; AG Neuss, NZM 2002, 31, 32).

Ein Ausgleich nach den allgemeinen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Bereicherungsrechts liefe den schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer zuwider. Zwar müssten Wohnungseigentümer stets damit rechnen, dass es durch Mängel des Gemeinschaftseigentums zu unvorhersehbaren Ausgaben komme, für die sie einzustehen hätten. Sie seien deshalb aber nicht dazu gehalten, ihre private Finanzplanung darauf einzurichten, dass sie im Nachhinein für abgeschlossene Maßnahmen aus der Vergangenheit herangezogen würden, auf die sie keinen Einfluss hätten nehmen können. Eine solche Ausgleichspflicht könne die Wohnungseigentümer auch zur Unzeit treffen, etwa weil sie eine andere kostenintensive Maßnahme beschlossen oder durchgeführt hätten, die sie bei Kenntnis eines bestehenden Erstattungsanspruchs zurückgestellt hätten. Schwierigkeiten entstünden zudem bei einem zwischenzeitlichen Verkauf von Wohnungen. Könnte ein Wohnungseigentümer nachträglich Ausgleich für von ihm durchgeführte Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum verlangen, wäre für Käufer und Verkäufer nicht sicher bestimmbar, welche finanziellen Verpflichtungen aus einer bereits abgeschlossenen Maßnahme noch offen und ggf. vom Käufer zu übernehmen seien. Hinzu komme, dass es in tatsächlicher Hinsicht häufig schwierig sei, irrtümliches Handeln von eigenmächtigem Vorgehen abzugrenzen. Wenn eine Teilungserklärung wie vorliegend jahrelang unzutreffend ausgelegt worden sei, würden zudem häufig viele Wohnungseigentümer einen Erstattungsanspruch haben. Der dann erforderliche „Hin-und-her-

Ausgleich“ zwischen allen Betroffenen führe zu einem hohen Ermittlungs- und Berechnungsaufwand, ohne dass sich zwangsläufig ein von allen als „gerecht“ empfundenes Ergebnis einstelle.