

Mängel am Gemeinschaftseigentum und Aufrechnung einzelner Erwerbers gegen Restforderungen des Bauträgers¹

1. Einleitung

Die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Bauträger² wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum wirft bekanntlich eine Fülle von Fragen auf. Eine praktisch bedeutsame Frage ist bislang aber noch wenig thematisiert worden: es geht um den Fall, dass wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht alle, sondern nur ein oder einige Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht ausüben und die letzte „Kaufpreis“-Rate nicht voll bezahlen. Ob und in welcher Höhe diese Erwerber dann gegen die Restforderungen des Bauträgers aufrechnen können, soll nachfolgend untersucht werden. In diesem Zusammenhang soll insbesondere ein neueres Urteil des BGH zur Frage „voller Schadensersatz oder Quote“, das die Rechte der Erwerber nochmals gestärkt hat, hervorgehoben werden.

Der Illustration des Themas diene folgender **Beispielfall**:

Bei einem Haus mit 10 gleich großen Wohneinheiten (Beteiligung am Gemeinschaftseigentum je 100 Tausendstel, also 10 %) wird die Einfahrt zur Tiefgarage zu klein gebaut, so dass alle Stellplätze nicht oder nur erschwert angefahren werden können; die Kosten für die Verbreiterung des Garagentores (Gemeinschaftseigentum) betragen 100.000 DM.³ Von den 10 Erwerbern haben 5 die letzte Rate an den Bauträger zurück gehalten, z.B. jeder 20.000 DM, und die Abnahme verweigert. Das Ziel der Wohnungseigentümergeinschaft⁴ ist es, das von den 5 Erwerbern zurück gehaltene Geld der Gemeinschaft zum Zweck der Mängelbeseitigung zukommen zu lassen.

Variante a: Nachbesserung ist möglich

Die 5 Erwerber, die Geld zurück gehalten haben, gehen folgendermaßen vor: Jeder von ihnen setzt den Bauträger mit der Nachbesserung in Verzug und erklärt anschließend die Aufrechnung mit einer Vorschussforderung gem. § 633 Abs. 3 BGB. Dabei rechnet jeder nur anteilig mit dem Kostenvorschussanspruch auf, und zwar genau in der Höhe, wie es zur Aufrechnung

¹ Überarbeitete Fassung eines Beitrags für den Tagungsband „Riecke/Warda: Potsdamer Tage rund um das Wohnungseigentum 2001“, abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Hammonia-Verlags.

² Der Beitrag geht der Einfachheit halber von dem in der Praxis häufigsten Fall der Entstehung von Wohnungseigentum aus, nämlich von einem Bauträgervertrag. Sachlich sind die Streitfragen bei der Gewährleistung aber dieselben, ob das Wohnungseigentum nun im Bauträger-, Bauherren- oder Generalübernehmermodell entstanden ist.

³ In Anlehnung an den Sachverhalt eines kürzlich vom OLG Stuttgart entschiedenen Falles (Urt. v. 12.5.1999 – 3 U 99/98 –, IBR 11/2000 = Deckert, ETW, Gr. 2, 4495). Die Nachbesserungsklage einzelner Erwerber auf Verbreiterung des Tores hatte Erfolg.

⁴ Die (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft ist nach Rspr. und h.M. befugt, die Verfolgung der Gewährleistungsrechte jederzeit an sich zu ziehen, und zwar sogar dann, wenn ihr auch Mitglieder angehören, die selber keine vertraglichen Rechte gegen den Bauträger haben (was z.B. der Fall sein kann, wenn Ersterwerber ihre Wohnungen bereits weiter veräußert haben); s. dazu die in Fn. 16 und 24 zitierten Urteile.

gegenüber der Restforderung des Bauträgers erforderlich ist, im Beispielsfall also i.H.v. je 20.000 DM.

Das durch die Aufrechnung „ersparte“ Geld zahlt jeder der 5 Erwerber in die Gemeinschaftskasse. Im Ergebnis hat die Gemeinschaft dann volle 100.000 DM in der Kasse und kann den Mangel beheben lassen. – Der Bauträger verlangt nach wie Zahlung und verweigert die Auflassung: Er hält die Aufrechnung mit der Vorschussforderung wegen deren „Gemeinschaftsbezogenheit“ für unzulässig. – Wer hat Recht?

Variante b: Nachbesserung ist aus Rechtsgründen nicht möglich

Im Ausgangsfall geht der Bauträger in die Insolvenz. Der Insolvenzverwalter erklärt - wie üblich -, dass er keine Nachbesserung mehr ausführen wird. Folge ist gem. § 103 Abs. 2 InsO, dass die Nachbesserungsforderung zur Schadensersatzforderung wird; ein Anspruch auf Nachbesserung und Kostenvorschuss besteht nicht mehr.⁵

Jetzt möchten die 5 Erwerber, die Geld einbehalten haben, dieses erst recht lieber zur Nachbesserung verwenden statt es an den Insolvenzverwalter zu bezahlen und im Gegenzug eine Schadensersatzforderung zur Tabelle anzumelden. Eine Quote ist im Beispielsfall nämlich – wie üblich – kaum oder gar nicht zu erwarten; das Geld, das an den Insolvenzverwalter gezahlt werden muss, ist unwiederbringlich verloren. Die Erwerber erklären deshalb gegenüber dem Insolvenzverwalter die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen wegen der Mängel am Gemeinschaftseigentum, und zwar wie in Variante a jeder i.H.v. 20.000 DM. - Der Insolvenzverwalter widerspricht. Erstens bezweifelt er aufgrund der „Gemeinschaftsbezogenheit“ der Schadensersatzforderung die Befugnis einzelner Erwerber zur Aufrechnung. Zweitens und hilfsweise hält er ihnen entgegen, sie könnten allenfalls insoweit mit Schadensersatzforderungen aufrechnen, als ihrer Beteiligung am Gemeinschaftseigentum entspreche. Weil jeder zu 10 % am Gemeinschaftseigentum beteiligt sei, stehe jedem höchstens 10 % der Gesamt-Schadensersatzforderung, mithin nur 10.000 DM zu, und müsste jeder zumindest noch 10.000 DM bezahlen. – Wer hat Recht?

2. Die Aufrechnung mit dem Kostenvorschussanspruch (zu Variante a des Beispielsfalls)

a) Unstreitig kann jeder Erwerber einer Eigentumswohnung vom veräußernden Bauträger Nachbesserung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums, ferner nach berechtigter Ersatzvornahme Aufwendungsersatz gem. § 633 Abs. 3 BGB verlangen. Der BGH hat entschieden:

⁵ Dasselbe Ergebnis (Schadensatz- statt Nachbesserungsanspruch) tritt ein, wenn die Gemeinschaft die Mängelverfolgung an sich zieht und – nach entsprechender Beschlussfassung - den Bauträger unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 634 Abs. 1 BGB zur Mangelbeseitigung auffordert. Nach Fristablauf ist die Nachbesserung ausgeschlossen und mit ihr der Vorschussanspruch. Es bleiben die Ansprüche auf Minderung gem. § 634 Abs. 1 BGB und auf Schadensersatz gem. § 635 BGB (vgl. BGH Urt. v. 10.5.1979 – unten Fn. 24 – unter II 3 der Gründe).

„Der einzelne Wohnungseigentümer ist grundsätzlich befugt, Ansprüche, die auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtet sind, selbständig gerichtlich geltend zu machen. Er kann vom Veräußerer Nachbesserung und unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB Ersatz der Aufwendungen verlangen. ... Durch den Erwerbsvertrag erhält der einzelne Wohnungseigentümer einen *eigenen* Anspruch auf mangelfreies Gemeinschaftseigentum.“⁶

Unstreitig kann deshalb auch jeder Erwerber den von der Rechtsprechung entwickelten Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten gem. § 633 Abs. 3 BGB geltend machen, und zwar in voller Höhe.⁷

Grundsätzlich ist der Vorschussanspruch auch trotz der ihm eigenen Vorläufigkeit zur Aufrechnung geeignet.⁸ Macht aber ein Erwerber einen Vorschussanspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum geltend, bedürfen 2 Fragen besonderer Betrachtung: Steht die Vorschussforderung mit der Restforderung des Bauträgers in dem für die Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeitsverhältnis (dazu unten b)? Ist es mit dem Wesen des Kostenvorschusses vereinbar, nur anteilige Zahlung zu verlangen (unten c)?

b) Die Gegenseitigkeit der Forderungen ist dann gegeben, wenn der Erwerber Zahlung des Vorschussbetrages an sich selber verlangt. Sie ist nicht gegeben, wenn er Zahlung an die Gemeinschaft (oder an den Verwalter) verlangt oder wenn mehrere Erwerber gemeinsam Zahlung an sich oder die Gemeinschaft (oder den Verwalter) verlangen. Dementsprechend hat der BGH zu Recht im „umgekehrten“ Fall die Aufrechnung nicht zugelassen, in welchem der Bauträger gegenüber dem Kostenvorschussanspruch einzelner Erwerber mit seinen Rest“kaufpreis“ansprüchen aufrechnen wollte. Wörtlich heißt es in der Entscheidung vom 26.9.1991:

„Bei dieser Fallgestaltung [mehrere Wohnungseigentümer machen mit Billigung der Gemeinschaft den Vorschussanspruch geltend und verlangen Zahlung an den Verwalter] verbietet die Gemeinschaftsbezogenheit des Gewährleistungsinteresses eine Aufrechnung mit Ansprüchen, die der beklagten Bauträgerin gegen einzelne Kl. zustehen. Der als Vorschuss geforderte Betrag soll hier unmittelbar der Gemeinschaft zufließen; er soll ihr zur Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum uneingeschränkt zur Verfügung stehen. Dies wird sachgerecht dadurch gewährleistet, dass die kl. Wohnungseigentümer Zahlung an den Verwalter fordern dürfen, ohne darauf

⁶ Urt. v. 21.2.1985 – VII ZR 72/84 -, NJW 1985, 1551 = BauR 1985, 314 = BauR 1986, 448; bestätigt u.a. im Urt. v. 6.6.1991 (Fn. 13) sowie im Urt. v. 19.12.1996 – VII ZR 233/95 -, BauR 1997, 488 = NJW 1997, 2173.

⁷ BGH Urt. v. 5.5.1977 – VII ZR 36/76 -, NJW 1977, 1336; Urt. v. 11.10.1979 – VII ZR 247/78 -, BauR 1980, 69 = ZfBR 1980, 36; OLG Frankfurt Urt. v. 27.8.1992 – 3 U 165/91 -, NJW-RR 1993, 339; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl. 1999, Rn. 478, Fn. 24 m.w.N.

⁸ BGH Urt. v. 13.7.1970 – VII ZR 176/68 -, BGHZ 54, 244 = NJW 1970, 2019 = LM § 387 BGB Nr. 47; BGH Urt. v. 8.12.1988, NJW-RR 1989, 406 = BauR 1989, 118 = LM § 633 BGB Nr. 73; zustimmend z.B. Ingenstau/Korbion/Wirth, VOB, 14. Aufl. 2001, B § 13 Rn. 573. Gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung bestehen m.E. grundsätzliche und praktische Bedenken und sie wird denn auch von Teilen der Literatur bestritten (vgl. die Nachweise bei J. Kohler, BauR 1992, 22). Angesichts der Praxis der Rechtsprechung sollen diese Bedenken hier aber auf sich beruhen.

verwiesen werden zu können, einzelne oder auch sämtliche Kl. schuldeten noch restliche Vergütung aus ihrem jeweiligen Vertrag mit der Bekl.“⁹

Kann die eine Seite (der Bauträger) wegen fehlender Gegenseitigkeit der Forderungen nicht aufrechnen, kann es auch die andere Seite (der/die Erwerber) nicht; das ist m.E. eine zwingende Folge der Gegenseitigkeit.¹⁰ Will ein Erwerber also mit der Kostenvorschussforderung aufrechnen, muss er Zahlung an sich verlangen. Aber ist er dazu ohne weiteres berechtigt?

Die Frage ist vom OLG Frankfurt¹¹ und vom Schleswig-Holsteinischen OLG bejaht worden.¹² Das Ergebnis ist aber zweifelhaft. Zwar kann der Erwerber aus eigenem Recht und auch ohne vorhergehenden Beschluss der Gemeinschaft gegen den Bauträger vorgehen, gleichwohl müsste aus der Zweckgebundenheit des Vorschusses (der ja zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum verwendet werden muss) folgen, dass Zahlung nur an die Gemeinschaft verlangen kann. In diesem Sinne hat der BGH jedenfalls beim Anspruch auf *Schadensersatz* ausdrücklich entschieden, dass der Antrag auf Zahlung an die Gemeinschaft zu richten sei:

„Der nach den Mängelbeseitigungskosten berechnete Schadensersatzanspruch wegen eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum kann grundsätzlich nur mit dem Antrag auf Zahlung an die Gemeinschaft durchgesetzt werden. Das gilt vorbehaltlich eines abweichenden Gemeinschaftsbeschlusses unabhängig davon, ob der von dem Mangel betroffene Wohnungseigentümer zur selbständigen Durchsetzung der Forderung befugt ist. Denn nur so ist eine zweckentsprechende Verwendung der Mittel sicher gestellt. Das Erfordernis, die Mittelverwendung sicherzustellen, bewirkt die Unteilbarkeit der Ansprüche auf kleinen Schadensersatz.“¹³

Beim hier interessierenden Anspruch auf *Kostenvorschuss* hat der BGH die Frage, ob Zahlung an die Gemeinschaft verlangt werden muss, in einem frühen Urteil demgegenüber ausdrücklich gelassen.¹⁴ Da beim Kostenvorschuss aber ebenso die „zweckentsprechende Verwendung

⁹ VII ZR 291/90 -, NJW 1992, 435 = BauR 92, 88; entsprechend für den Schadensersatzanspruch OLG Karlsruhe BauR 1990, 622 und aus jüngster Zeit OLG Nürnberg, Urt. v. 17.9.1999 – 6 U 4530 -, NZM 2000, 923. Schon früher (NJW 1969, 839) hat der BGH für einen anders gelagerten Sachverhalt entschieden, dass die Aufrechnung mit einem Gegenanspruch gegenüber einem Mitgläubiger mangels Gegenseitigkeit unzulässig sei.

¹⁰ A.A. z.B. Pause, NJW 1993, 560, u. VIII 1.

¹¹ Oben Fn. 7.

¹² Urt. v. 15.8.2000 - 6 U 9 00 -, unveröffentlicht (in Bezug auf die hier interessierende Frage ohne Problematisierung und entgegen der Vorinstanz LG Itzehoe).

¹³ BGH Urt. v. 6.6.1991 – VII ZR 372/89 -, BGHZ 114, 383 = NJW 1991, 2480 = BauR 1991, 606, unter A II 2 c der Gründe.

¹⁴ Urt. v. 11.10.1979 (oben Fn. 7), a.E. der Gründe: „Ebensowenig bracht entschieden zu werden, ob die Kläger ohne den Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft Zahlung an sich hätten fordern dürfen oder die Zahlung an die Eigentümergeinschaft hätten verlangen müssen. Ihr ... Antrag, mit dem sie Zahlung an sich begehren, ist jedenfalls inzwischen durch den genannten Beschluss gedeckt.“

der Mittel sichergestellt“ werden muss, müsste insoweit aus denselben Gründen wie beim Schadensersatzanspruch ein Antrag auf Zahlung an die Gemeinschaft gestellt werden.¹⁵

In Ermangelung einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist als Zwischenergebnis somit festzuhalten, dass die Rechtslage hinsichtlich der Frage „an wen muss Zahlung verlangt werden?“ beim Anspruch auf Kostenvorschuss zumindest als offen zu betrachten ist. Die Erwerber, die gegenüber dem Bauträger aufrechnen wollen, sollten also sicher stellen, dass sie berechtigt sind, Zahlung an sich zu verlangen. Das ist nur durch einen dahin gehenden Beschluss der Gemeinschaft möglich, der aber ohne weiteres zulässig ist. Wegen der „Gemeinschaftsbezogenheit“ der Ansprüche, die sich auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums gründen, hat die Gemeinschaft nämlich das Recht, jederzeit die Verfolgung dieser Rechte an sich zu ziehen, also auch den Anspruch auf Nachbesserung bzw. auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung zur Gemeinschaftssache zu machen.¹⁶ (Welche Folgen es für den einzelnen Erwerber hat, wenn dies bei einer bereits anhängigen Klage geschieht, ist noch nicht abschließend geklärt und soll auch hier nicht vertieft werden.¹⁷) Die Gemeinschaft kann also bestimmen, dass ein oder mehrere Erwerber zur Geltendmachung des Vorschussanspruches ermächtigt werden und Zahlung an sich verlangen dürfen.

Ein dahingehender Beschluss der Gemeinschaft wirft aber eine weitere für die Aufrechnung entscheidungserhebliche Frage auf: Wird der Anspruch auf Nachbesserung und Kostenvorschuss dadurch, dass die Gemeinschaft ihn „an sich zieht“, zu einem den Mitgliedern der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft gemeinsam zustehenden Anspruch? Wenn das der Fall wäre, wäre die Aufrechnung durch einen einzelnen Erwerber wieder mangels Gegenseitigkeit ausgeschlossen.¹⁸ - Die Frage ist eindeutig zu verneinen. Der Anspruch auf Nachbesserung und Kostenvorschuss steht, wie gesagt, dem einzelnen Erwerber alleine aufgrund seines ihn berechtigenden Vertrags mit dem Bauträger zu. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Gemeinschaft den Anspruch „an sich zieht“. Denn dadurch wird dem einzelnen Erwerber nur die *Anspruchs- bzw. Prozessführungsbefugnis* entzogen, nicht die *Sachbeurteilung (Sachbefugnis, Aktivlegitimation)*. Anspruchsberechtigter (Rechtsträger) der Gewährleistungsansprüche ist und bleibt der einzelne Erwerber,¹⁹ die Gegenseitigkeit der Ansprüche des Bauträgers gegen den Erwerber auf Rest“kaufpreis“zahlung und des Erwerbers gegen den Bauträger auf Kostenvorschuss wird durch die Einschaltung der Gemeinschaft nicht beseitigt.

¹⁵ So auch Scheuven, MittRhNotK 1985, 96: „Der Zahlungsantrag für den Vorschuss auf die Nachbesserungskosten ist mit ‚Leistung an alle‘ zu stellen.“

¹⁶ BGH NJW 1981, 1841 = BauR 1981, 467 = ZfBR 1981, 230; BayObLG NJW 1973, 1086; NJW-RR 1996, 1101; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl. 1996, Rn. 679.

¹⁷ Näher dazu z.B. Werner/Pastor (Fn. 7), Rn. 496.

¹⁸ Vgl. oben Fn. 9; zur Frage der dogmatischen Qualifizierung des derartig gemeinschaftsbezogenen Anspruchs s. unten 3 a.

¹⁹ Vgl. Werner/Pastor (Fn. 7), Rn. 471 mit Nachweisen; Brych/Pause, a.a.O. (Fn. 27). Weil der Begriff der Aktivlegitimation gelegentlich falsch verwendet wird, ist klar zu stellen, dass darunter die materielle Sachbefugnis im Gegensatz zur Prozessführungsbefugnis zu verstehen ist (vgl. Zöller/Vollkommer, 22. Aufl. 2001, vor § 50 ZPO, Rn. 18 ff).

c) Im Beispielsfall will jeder der Erwerber, die Geld zurück gehalten haben, nicht die volle Vorschussforderung geltend machen (und damit aufrechnen), sondern nur i.H.v. 20 %. Nun ist der Gläubiger eines Zahlungsanspruches grundsätzlich nicht gezwungen, diesen in voller Höhe geltend zu machen. Er kann sich mit einem Teil begnügen und ist auch befugt, insoweit eine „Teilklage“ zu erheben. Beim Anspruch auf Kostenvorschuss könnte aber anderes gelten. Denn der Kostenvorschuss wird ja nur zum Zweck der Mängelbeseitigung zugesprochen. Mit einem Bruchteil der hierfür erforderlichen Kosten kann der Erwerber die Mängelbeseitigung von vornherein nicht durchführen, sodass es zwangsläufig im Rahmen der nachfolgenden Abrechnung des Vorschusses zur Rückzahlung des Vorschussbetrages kommen müsste. Man könnte deshalb unter dem Gesichtspunkt des „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“ vertreten, dass der Kostenvorschussanspruch aufgrund seiner immanenten Zweckbestimmung nur in voller Höhe (oder gar nicht) geltend gemacht werden könne. Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage liegen, soweit ersichtlich, nicht vor.

Die Frage soll hier nicht weiter vertieft werden. Denn jedenfalls kann das Problem dadurch vermieden werden, dass die Erwerber nicht isoliert, sondern in einer „konzertierten Aktion“ gemeinsam vorgehen und somit jedenfalls in der Summe einen Vorschuss auf die vollen Mängelbeseitigungskosten verlangen. Wollen die Erwerber für die Aufrechnung den „sichersten Weg“ einschlagen, sollten sie also auch unter diesem Aspekt vorher einen koordinierenden und ermächtigenden Beschluss der Gemeinschaft herbeiführen.²⁰

Ergebnis: Nur dann, wenn die Gemeinschaft die einzelnen Erwerber ermächtigt, den Anspruch auf Kostenvorschuss zur Beseitigung der Mängel des Gemeinschaftseigentums geltend zu machen und Zahlung an sich zu verlangen, können diese mit dem Kostenvorschussanspruch gegen die Rest„kaufpreis“forderungen des Bauträgers aufrechnen, und zwar (je nach Beschlusslage) in voller Höhe oder anteilig. Jedoch ist hervorzuheben, dass hierzu – soweit ersichtlich – noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt. Der Beschluss der (werdenden) Eigentümergemeinschaft könnte wie folgt lauten:

„Es wird beschlossen, Nachbesserung folgender Mängel zu verlangen. ... Die Miteigentümer 1 - 5 werden ermächtigt, gegenüber dem Bauträger einen Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung geltend zu machen, und zwar jeder i.H.v. je 20 % der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten. Die Miteigentümer können Zahlung an sich verlangen. Sie sind verpflichtet, einen erhaltenen Vorschussbetrag auf das Gemeinschaftskonto zu überweisen; die Zahlung ist auf einem noch einzurichtenden Unterkonto „Sanierung“ zu verbuchen. Soweit sich die Miteigentümer durch Aufrechnung gegenüber dem Bauträger von der Pflicht zur

²⁰ Vermieden wird damit auch das Risiko, dass ohne Abstimmung untereinander mehrere Erwerber vollen Kostenvorschuss verlangen und dementsprechend jeder mit einem Anspruch i.H. der vollen Mängelbeseitigungskosten aufrechnet. Was in einem solchen Fall zu gelten hätte, ist derzeit eine noch weitgehend offene Frage; diskutiert wird sie bislang lediglich unter dem gleich gelagerten Aspekt des Zurückbehaltungsrechts, weil es auch insoweit nicht sein kann, dass alle Erwerber wegen des selben Mangels am Gemeinschaftseigentum das volle Zurückbehaltungsrecht (3-facher Betrag der Mängelbeseitigungskosten) geltend machen; vgl. dazu Werner/Pastor (Fn. 7), Rn. 482 ff. Richtig dürfte es m.E. sein, dass der Bauträger im Ergebnis nur einmal den Kostenvorschuss bezahlen muss.

Zahlung eigener Restkaufpreisverbindlichkeiten befreien, sind sie verpflichtet, die durch die Aufrechnung ‚ersparten‘ Beträge auf das Gemeinschaftskonto zu überweisen.“²¹

3. Die Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung (zu Variante b des Beispielfalls)

a) Die Gemeinschaftsbezogenheit des Anspruchs

Auch bei den Ansprüchen auf Minderung gem. § 634 Abs. 1 BGB oder kleinen Schadensersatz gem. § 635 BGB²² ist deren „Gemeinschaftsbezogenheit“ zu beachten. Die Gemeinschaftsbezogenheit der Ansprüche auf kleinen Schadensersatz oder Minderung geht aber weiter als beim Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung. Während die Gemeinschaftsbezogenheit beim Kostenvorschussanspruch nur beinhaltet, dass die Gemeinschaft den Anspruch „an sich ziehen kann“ und dadurch der einzelne Erwerber die Anspruchsbefugnis verliert, hat der BGH für die Ansprüche auf kleinen Schadensersatz oder Minderung wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums entschieden, dass der einzelne Erwerber sie ohne Mitwirkung der anderen Erwerber überhaupt nicht geltend machen kann.²³ Nur die Gemeinschaft ist für die Entscheidung zuständig, ob statt Nachbesserung Minderung oder kleiner Schadensersatz verlangt werden soll und muss die Wahl zwischen diesen beiden Gewährleistungsrechten treffen.²⁴ Als weitere Folge der Gemeinschaftsbezogenheit muss – vorbehaltlich eines abweichenden Beschlusses der Gemeinschaft – Zahlung an die Gemeinschaft verlangt werden. Der BGH spricht insoweit von der „Unteilbarkeit der Ansprüche auf kleinen Schadensersatz“.²⁵ Für den Schadensersatzanspruch des § 103 Abs. 2 InsO, der kraft Gesetzes an die Stelle des Nachbesserungsanspruches tritt, gilt selbstverständliches nichts anderes. Die Gemeinschaftsbezogenheit des Schadensersatzanspruches könnte der Aufrechnung entgegen stehen: denn wäre der derart unteilbare Anspruch als solcher von Mitgläubigern oder Gesamtgläubigern zu qualifizieren, könnte kein Erwerber damit gegenüber dem Bauträger aufrechnen. Es würde an der Gegenseitigkeit der Forderungen i.S.v. § 387 BGB fehlen.²⁶

²¹ In dem Beschluss sollte zweckmäßiger Weise auch noch geregelt werden, wann die (als Ausgleich für die Aufrechnung zu leistenden) Zahlungen auf das Gemeinschaftskonto fällig sein sollen. Dies sollte erst dann der Fall sein, wenn die Auflassung für die betreffenden Erwerber sicher gestellt ist.

²² „Kleiner Schadensersatz“ bedeutet, dass der Erwerber die Wohnung behält und Ersatz des durch die Mangelhaftigkeit verursachten Schadens verlangt, den er nach der mangelbedingten Wertminderung oder nach den Schadensbeseitigungskosten berechnen kann. Beim – hier nicht interessierenden – „großen Schadensersatz“ weist der Erwerber die Wohnung zurück und verlangt Rückzahlung des „Kaufpreises“ und Erstattung seiner sonstigen Schäden.

²³ Der Anspruch auf Minderung weist übrigens – soweit hier von Interesse – gegenüber dem Anspruch auf kleinen Schadensersatz weder Besonderheiten noch Vorteile auf und muss deshalb im Folgenden nicht immer besonders erwähnt werden. Die Minderung wird nämlich für gewöhnlich ebenfalls nach den Kosten der Mängelbeseitigung berechnet und führt deshalb zum selben Ergebnis wie die auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatzklage.

²⁴ Grundlegend BGH Urt. v. 10.5.1979 – VII ZR 30/78 -, BGHZ 74, 258 ff = NJW 1979, 2207 = BauR 1979, 420 = BauR 1980, 267 = LM § 21 WohnungseigentumsG Nr. 4; vgl. auch Werner/Pastor (Fn. 7), Rn. 487 ff.

²⁵ Vgl. oben im Text zu Fn. 13.

²⁶ S. oben im Text 2 b.

Die Literatur ist überwiegend der Auffassung, der im vorgenannten Sinne unteilbare Anspruch auf kleinen Schadensersatz, den ein Erwerber nach dahingehender Ermächtigung durch die Gemeinschaft zwar alleine geltend machen, Zahlung aber nur an die Gemeinschaft verlangen kann, sei als Anspruch gem. § 432 BGB zu qualifizieren; der einzelne Erwerber sei demnach „Mitgläubiger“.²⁷ Der BGH hat sich insoweit nicht festgelegt, und zwar m.E. aus guten Gründen. Denn entscheidendes Merkmal der Mitgläubigerschaft gem. § 432 BGB ist immer der Umstand, dass eine Forderung mehreren gemeinsam zusteht, Rechtsträger der Forderung also nicht der einzelne Mitgläubiger, sondern die Gesamtheit der Mitgläubiger ist. Das ist so beim „Normalfall“ der Mitgläubigerschaft, der „einfachen“ Forderungsgemeinschaft, bei welcher eine Forderung mehreren gemeinsam zusteht (z.B. mehreren Personen als Mieter einer Sache), aber auch bei Forderungen von Gesamthandsgemeinschaften, die ebenfalls zu Mitgläubigerschaft führen.²⁸ Bei den Gewährleistungsrechten wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentums verhält es sich aber anders, denn nicht die Wohnungseigentümergeinschaft oder die Gesamtheit der Erwerber, sondern der einzelne Erwerber alleine ist aufgrund seines ihn berechtigenden Vertrags mit dem Bauträger Gläubiger des Schadensersatz- bzw. Minderungsanspruches. Die für die „Gegenseitigkeit“ erforderliche *Sachberechtigung (Sachbefugnis, Aktivlegitimation)* wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass dem einzelnen Erwerber von vornherein die *Anspruchs- bzw. Prozessführungsbefugnis* (zur selbstständigen Geltendmachung der Forderung) fehlt. Die Schadensersatzforderung wird durch das Erfordernis der Einschaltung der Gemeinschaft nicht zur Gesamthandsforderung; ihr Rechtsträger ist und bleibt der einzelne Erwerber. Es ist deshalb sinnvoll, sich nicht auf die Qualifizierung der Vorschussforderung als Forderung in Mitgläubigerschaft gem. § 432 BGB fest zu legen. Es genügt, das unstreitige Ergebnis, dass der einzelne Erwerber ohne Mitwirkung der Gemeinschaft den Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums nicht geltend machen kann, aus den Besonderheiten her zu leiten, die sich aus der „Gemeinschaftsbezogenheit“ des Anspruchs ergeben und mit diesem Begriff auch treffend bezeichnet sind.

Es bleibt in Bezug auf die Gegenseitigkeit der Forderungen somit nur noch das Problem, dass der Erwerber wegen der Gemeinschaftsbezogenheit des Schadens grundsätzlich auch dann Zahlung an die Gemeinschaft verlangen muss, wenn er zur selbstständigen Durchsetzung des Anspruchs durch die Gemeinschaft ermächtigt wurde. Dieses Problem ist leicht zu lösen: Die Gemeinschaft muss nur durch Beschluss die betreffenden Erwerber ermächtigen, Zahlung an sich zu verlangen. Insoweit gelten die obigen Ausführungen zum Kostenvorschussanspruch entsprechend und wird insbesondere auf den Beschlusstextvorschlag verwiesen.

²⁷ Z.B. Brych/Pause (Fn. 16), Rn. 671; Koebler, Rechtshandbuch Immobilien (Stand 2001), Kap. 22, Rn. 22; ders., FS Soergel, 1993, 125; Kniffka, ZfBR 1990, 162.

²⁸ Dabei mit der Besonderheit, dass gerade das in § 432 BGB normierte Recht des Mitgläubigers, alleine Leistung an alle zu verlangen, durch vorrangige gesetzliche Regelungen für die jeweilige Gesamthand verdrängt ist; vgl. nur Palandt/Heinrichs, 59. Aufl. 2000, § 432 BGB, Rn. 4 ff.

b) Aufrechnungsausschluss gem. § 96 InsO?

Die 5 Erwerber, die mit Zustimmung der Gemeinschaft wegen der Mängel am Gemeinschaftseigentum einen Schadensersatzanspruch gegen den insolvent gewordenen Bauträger erheben, sind Insolvenzgläubiger. Wenn sie den Anspruch erst nach Eintritt der Insolvenz des Bauträgers erworben hätten, wäre die Aufrechnung gem. § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO unzulässig.

Es ist im Folgenden davon auszugehen, dass die Erwerber im Beispielfall durch einen nach Eintritt der Insolvenz gefassten Beschluss der Gemeinschaft zur alleinigen Durchsetzung der Schadensersatzforderung mit dem Antrag auf Zahlung an sich selber ermächtigt wurden. Die Erwerber haben den Schadensersatzanspruch gegen den Bauträger also nicht durch eine Abtretung erworben. Allerdings wurden sie, wie oben ausgeführt, erst durch den Ermächtigungsbeschluss der Gemeinschaft rechtlich in die Lage versetzt (befugt), den Schadensersatzanspruch gegen den Bauträger mit dem Antrag auf Zahlung an sich geltend zu machen und dementsprechend gegen die Restforderung des Bauträgers aufrechnen zu können. Ist dieser Vorgang dem „Erwerb“ der Forderung i.S.v. § 96 InsO gleich zu stellen?

Die Frage ist m.E. zu verneinen. Wie ausgeführt, stehen der Herstellungsanspruch sowie die daraus resultierenden Nachbesserungs- und Gewährleistungsansprüche von vornherein jedem einzelnen Erwerber aufgrund des jeweiligen Vertrags mit dem Bauträger zu. Damit ein Erwerber Zahlung von Schadensersatz an sich verlangen kann, muss ihm der Anspruch deshalb nicht abgetreten werden, der Erwerber muss vielmehr lediglich zur alleinigen Ausübung des (ihm ohnehin zustehenden) Anspruchs ermächtigt werden. Die Ermächtigung, Zahlung an sich verlangen zu dürfen, ist eher den in § 95 InsO genannten Fällen gleichzustellen. Dabei geht es um den Eintritt der Aufrechnungslage während des Insolvenzverfahrens, was z.B. der Fall ist, wenn eine Forderung bei Eintritt der Insolvenz noch nicht fällig oder noch nicht auf eine gleichartige Leistung gerichtet war, diese Voraussetzungen aber nach Eintritt der Insolvenz eintreten. In diesen Fällen ist die Aufrechnung zulässig.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass der für den Beispielfall vorgeschlagene Ermächtigungsbeschluss der Gemeinschaft im Ergebnis einer Abtretung gleich kommt, denn erst durch ihn wird die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch rechtlich ermöglicht. An sich sollen gerade derartige Manipulationen zu Lasten der Masse durch § 96 InsO verhindert werden. Auf der anderen Seite muss wieder betont werden, dass dem Erwerber ja kein Anspruch verschafft wird, den er nicht schon vorher gehabt hätte; es wird ihm nichts „zugezahlt“.

Letztlich muss die Frage als offen bezeichnet werden. Stellungnahmen der Literatur fehlen dazu bislang ebenso wie Gerichtsentscheidungen. Beides dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein.

c) Voller Schadensersatz oder Quote?

Auch für die nachfolgenden Ausführungen soll davon ausgegangen werden, dass die 5 Erwerber, die im Beispielfall Geld zurück gehalten haben, durch Beschluss der Gemeinschaft (entsprechend dem oben Ziff. 1 a.E. gemachten Formulierungsvorschlag) zur Durchsetzung der Schadensersatzforderung ermächtigt wurden, wobei jeder der 5 ermächtigten Erwerber 20.000,- DM verlangen können soll. Es soll ferner angenommen werden, dass die von den Erwerbern beabsichtigte Aufrechnung im Sinne der vorstehenden Ausführungen (b) grundsätzlich nicht an § 96 InsO scheitert. Im Besonderen ist hierfür aber auch Voraussetzung, dass die Erwerber durch den Ermächtigungsbeschluss nichts erhalten, was sie nicht auch schon vorher verlangen konnten. Das führt zu der Frage, ob ein einzelner Erwerber, der aus eigenem Recht Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum geltend macht, vollen Schadensersatz (volle Minderung) verlangen kann oder nur den Anteil, der seiner Beteiligung am Gemeinschaftseigentum entspricht. Davon hängt es im Beispielfall ab, ob jeder Erwerber nur 10.000,- DM Schadensersatz vom Bauträger verlangen und nur in entsprechender Höhe aufrechnen kann (wie es der bei einem Schaden von 100.000,- DM der 10%igen Beteiligung am Gemeinschaftseigentum entspricht), oder ob jeder Erwerber auch einen über seine Beteiligungsquote hinaus gehenden Schadensersatz beanspruchen kann, eben die zur Aufrechnung „benötigten“ 20.000,- DM.

Hinsichtlich der Frage „voller Schadensersatz oder Quote“ ist die Rechtslage etwas unübersichtlich, und zwar vor allem deshalb, weil der V. und der VII. Zivilsenat des BGH verschiedene Wege gehen – was in der einschlägigen Fachliteratur nicht klar genug hervorgehoben wird, obwohl es für das Verständnis der Problematik von erheblicher Bedeutung ist.

Der V. Zivilsenat ist eigentlich nicht für das Werkvertragsrecht, sondern für das Kaufrecht zuständig. Wird aber eine Eigentumswohnung gekauft und ist das Gemeinschaftseigentum mangelhaft, stellt sich bei der kaufrechtlichen Gewährleistung gem. § 463 BGB dieselbe Frage wie bei der werkvertraglichen Gewährleistung gem. § 635 BGB, ob Schadensersatz ganz oder nur anteilig beansprucht werden kann. Der V. Zivilsenat entschied schon 1989 grundsätzlich zu Gunsten der Quote:

„Handelt es sich um Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums, so verteilt sich der insgesamt entstandene Minderwert auf die einzelnen Wohnungseigentümer, und zwar nach Maßgabe des jeweiligen Anteils am Gemeinschaftseigentum; denn die Summe der jeden einzelnen Miteigentümer treffenden Schäden (Minderwert) kann nicht größer sein als der am gemeinschaftlichen Eigentum insgesamt entstandene Minderwert. Für das Miteigentum nach Bruchteilen hat in diesem Sinne schon das Reichsgericht entschieden, dass der Verkäufer eines Anteilsrechtes ... für Sachmängel nur zu seinem rechnungsmäßigen Anteil haftet. Für das Wohnungseigentum als besonders ausgestaltetes Bruchteilseigentum ... gilt, wenn **nur** das Gemeinschaftseigentum betroffen

ist, nichts anderes ... Das gilt auch dann, wenn der Minderwert anhand der Mangelbeseitigungskosten berechnet wird.²⁹

Die Argumentation, die der V. Senat in dem Urteil darlegt, ist an sich von bestechender Logik: Dürfte der einzelne Erwerber alleine als Schadensersatz bzw. Minderwert die Reparaturkosten für das gesamte Gemeinschaftseigentum geltend machen, könnte er unter Umständen einen Betrag verlangen, der ein Mehrfaches der Kaufpreises ausmacht und würde somit einem Minderwert kommen, der den Wert, den seine Wohnung in mangelfreiem Zustand hätte, weit überstiege. Das ist theoretisch absurd, oder kann, wie es der V. Senat a.a.O. ausdrückt, „nicht rechtens sein.“

Der für das Werkvertragsrecht zuständige 7. Senat des BGH entschied freilich wenig später (1991) in der bekannten „Trittschall-Entscheidung“ im Ergebnis entgegengesetzt, wobei es um einen Fall ging, in dem sich der Mangel des Gemeinschaftseigentums im Sondereigentum des Klägers ausgewirkt hatte:

„Wirken sich Mängel am Gemeinschaftseigentum auf das Sondereigentum aus (hier: Trittschallschutz) kann der davon betroffene und zur selbständigen Durchsetzung befugte Wohnungseigentümer den gem. § 635 BGB zu ersetzenden Schaden nach den für die Beseitigung dieser Mängel erforderlichen Kosten berechnen ...“.³⁰

Das wurde aber nur für den Fall entschieden, dass sich die Mängel im Sondereigentum auswirken. Für die Fälle, in denen die Mängel des Gemeinschaftseigentums die einzelne Wohnung nicht unmittelbar berühren (wie im Beispielsfall das zu klein geratene Garagentor), wurde die Grundsatzfrage „voller Schadensersatz oder Quote“ in dem Urteil zunächst noch offen gelassen:

„Ob der an die Stelle des individuellen Anspruchs auf mangelfreie Werkleistung tretende Schadensersatzanspruch des Wohnungseigentümers dementsprechend nach den Kosten der Mängelbeseitigung am gesamten Gemeinschaftseigentum berechnet werden kann, braucht der Senat nicht zu entscheiden.“³¹

Der für das Kaufrecht zuständige V. Zivilsenat wollte die Frage für seinen Bereich aber nicht offen lassen. Im Urteil vom 22.12.1995, bei dem (vergleichbar unserem Beispielsfall) ein Erwerber gegenüber dem Insolvenzverwalter des in die Insolvenz gegangenen Bauträgers mit Schadensersatzansprüchen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums aufrechnen wollte, betonte der V. Zivilsenat nochmals und grundsätzlich die Beschränkung des Anspruchs auf eine Quote, diesmal aber sogar für den werkvertraglichen Schadensersatzanspruch, nicht für die kaufrechtliche Gewährleistung:

²⁹ Urt. v. 23.6.1989 – V ZR 40/88 -, BGHZ 108, 56 = BauR 1990, 221, 223. Dem Urteil zu Grunde liegt ein Fall, in welchem der Verkäufer der Wohnung arglistig einen Fehler verschwiegen hatte, was zur Haftung gem. § 463 S. 2 BGB führte.

³⁰ BGH Urt. v. 6.6.1991 (Fn. 13), unter 3 c der Gründe.

³¹ BGH, aaO. (Vornote).

„Die Höhe des an die Stelle des Nachbesserungsanspruchs getretenen Anspruchs auf Schadensersatz wird im vorliegenden Fall durch die Differenz des Wertes der gekauften Wohnung bei mangelfreiem Zustand des Gemeinschaftseigentums zu dem aufgrund von dessen Mängeln geminderten Wert bestimmt.“³²

Man fragt sich natürlich, wieso der für das Kaufrecht zuständige V. Zivilsenat Ausführungen zum werkvertraglichen Gewährleistungsrecht macht. Der VII. Zivilsenat sagt dazu in seiner sogleich zu besprechenden Entscheidung vom 25.2.1999, dem Urteil des V. Zivilsenates vom 22.12.1995 habe ein Schadensersatzanspruch aus kaufrechtlicher Gewährleistung zu Grunde gelegen, der lediglich durch ein vertragliches Nachbesserungsrecht modifiziert gewesen sei. Dem veröffentlichten Sachverhalt lässt sich das nicht entnehmen, die Frage kann aber auch auf sich beruhen. Im Ergebnis hatte jedenfalls dieser „Ausflug“ des V. Zivilsenats in das Werkvertragsrecht erhebliche Folgen.

Denn infolge der Entscheidung des V. Zivilsenats galt bis zum Jahr 1999 als „Rechtsprechung des BGH“, dass einzelne Erwerber bei Mängeln des Gemeinschaftseigentums vollen Schadensersatz/volle Minderung nur dann erhalten könnten, wenn sich die Mängel des Gemeinschaftseigentums in ihrem Sondereigentum auswirkten; sei das nicht der Fall, sei lediglich die Wertminderung der einzelnen Wohnung bzw. – im Ergebnis das selbe - eine Quote entsprechend der Beteiligung am Gemeinschaftseigentum als Schadensersatz zuzusprechen. So ist es auch heute noch in der einschlägigen Literatur zu lesen³³ und danach könnten die Erwerber im Beispielsfall nur anteilig mit der Schadensersatzforderung aufrechnen (da sich der Mangel des Garagentores nicht im Sondereigentum, d.h. unmittelbar bei den Wohnungen auswirkt).

Darin steckte natürlich ein Widerspruch. Denn wenn der einzelne Erwerber unstreitig vollen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung verlangen kann, weil ihm ein eigener Anspruch auf mangelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums zusteht (und zwar ohne dass es darauf ankommt, ob sich die Mängel in seinem Sondereigentum auswirken oder nicht), warum soll sich daran etwas zu seinen Lasten ändern, wenn an die Stelle des Nachbesserungs- bzw. Kostenvorschussanspruchs der Schadensersatzanspruch tritt? Wie der Fall im Urteil des V. Zivilsenats vom 22.12.1995 bzw. unser Beispielsfall zeigt, kann der Nachbesserungsanspruch ja auch ohne Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 634 Abs. 1 BGB verloren gehen, nämlich dann, wenn der Bauträger in die Insolvenz geht. Den Erwerbern hilft der häufig er-

³² BGH Urt. v. 22.12.1995 – V ZR 52/95 -, NJW 1996, 1056 = BauR 1996, 401 = ZfBR 1996, 144 = LM H 6/1996 § 387 BGB Nr. 91, unter I 2 der Gründe.

³³ Vgl. Werner/Pastor (Fn. 7), Rn. 515: „Zu beachten ist, dass der Erwerber einer Eigentumswohnung nach einem Konkurs des Veräußerers (Bauträgers) gegenüber der noch offen stehenden „Kaufpreis“-forderung nur insoweit mit einer Schadensersatzforderung wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum aufrechnen kann, wie der Wert der erworbenen Wohnung hinter ihrem Wert bei mangelfreiem Zustand des Gemeinschaftseigentums zurückbleibt; lehnt nämlich z.B. der Insolvenzverwalter die Nachbesserung von Mängeln ab, tritt an deren Stelle der Ersatzanspruch aus § 103 Abs. 2 InsO. Die Höhe dieses an die Stelle des Nachbesserungsanspruchs ‚getretenen Anspruchs auf Schadensersatz wird durch die Differenz des Wertes der gekauften Wohnung bei mangelfreiem Zustand des Gemeinschaftseigentums zu dem aufgrund von dessen Mängeln geminderten Wert bestimmt‘ [Hinweis auf BGH V. ZS]“.

teilte Ratschlag, nicht von der „Erfüllungsebene“ auf die „Gewährleistungsebene“ zu wechseln, in diesem Fall nichts, weil die „Erfüllungsebene“ gem. § 103 Abs. 2 InsO auch ohne oder gegen ihren Willen verlassen wird. Es ist nicht einzusehen, wieso ein Erwerber dann „plötzlich“ nicht mehr die vollen Mangelbeseitigungskosten verlangen können soll, sondern nur noch einen seiner „Quote“ entsprechenden Teil.

Das ist auch die Auffassung des VII. Zivilsenats, der deshalb mit Urteil vom 25.2.1999, also vor nicht allzu langer Zeit, aber bislang weit gehend unbeachtet seine zuvor schon eingeschlagene Linie konsequent zu Ende geführt und den Erwerbern in einer Art Grundsatzentscheidung vollen, nicht nur anteiligen Schadensersatz zugesprochen hat:

„Der Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB soll die Nachteile des Bestellers ausgleichen, die ihm durch die mangelhafte Werkleistung entstanden sind. Er tritt an die Stelle des auf mangelfreie Herstellung gerichteten Erfüllungsanspruchs. Wie jener zielt er auf die Herbeiführung des vom Auftragnehmer geschuldeten werkvertraglichen Erfolgs. Auf dieser Grundlage hat der Senat entschieden, dass ein Bauherr vom Architekten wegen eines Planungsfehlers, der zu einem Mangel am Gemeinschaftseigentum führt, jedenfalls dann Ersatz in Höhe der vollen Mangelbeseitigungskosten verlangen kann, wenn sich der Mangel nur im Sondereigentum dieses Bauherrn auswirkt [Hinweis auf BGHZ 114, 338 – oben Fn. 13]. Er hat offen gelassen, ob das auch für den Fall gilt, dass unabhängig von dieser Besonderheit Mängel am Gemeinschaftseigentum bestehen. Diese Frage ist zu bejahen. ... Er [der an die Stelle des Erfüllungsanspruches tretende Schadensersatzanspruch] ist auf vollständigen Ausgleich der ... entstandenen Schäden gerichtet, unabhängig davon, ob sich ein Mangel am Gemeinschaftseigentum nur auf das Sondereigentum eines Wohnungseigentümers auswirkt. Der Auftraggeber muß über den Schadensersatzanspruch in die Lage versetzt werden, den [vertragsgemäßen] Zustand herzustellen ... Der ... [Ersatzpflichtige] hat deshalb dem einzelnen Bauherren die gesamten Kosten zu ersetzen, die zur Behebung des Mangels erforderlich sind.“³⁴

Der Entscheidung des VII. Zivilsenates ist uneingeschränkt zuzustimmen. Wie aber lässt sie sich mit den anders lautenden Entscheidungen des V. Zivilsenats vereinbaren? Die inkompatibel erscheinenden Ansätze und Ergebnisse der beiden Zivilsenate vertragen sich (nur dann) mit einander, wenn man das Ergebnis des V. Zivilsenats konsequent auf die kaufrechtliche Gewährleistung und das Ergebnis des VII. Zivilsenats auf die werkvertragliche Gewährleistung beschränkt. In diesem Sinne führt der VII. Zivilsenat in der Entscheidung vom 25.2.1999 weiter aus:

„Eine Quotelung des Schadens wie im Kaufrecht kommt nicht in Betracht. Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch des einzelnen Bauherrn unterscheidet sich vom

³⁴ Urt. v. 25.2.1999 – VII ZR 208/97 -, NJW 1999, 1705 = BauR 1999, 657 = ZfBR 1999, 207 = ZMR 1999, 489.

kaufrechtlichen Anspruch maßgeblich dadurch, daß er von der werkvertraglichen Erfolgshaftung des Auftragnehmers geprägt ist. ... Der Schadensberechnung nach den Gesamtkosten der Mängelbeseitigung im Werkvertragsrecht steht deshalb die Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH nicht entgegen, wonach der Käufer einer Eigentumswohnung nur den Bruchteil verlangen kann, der dem gekauften Sondereigentum an dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet ist (vgl. BGHZ 108, 156 [oben Fn. 29]). Entsprechendes gilt für die Entscheidung des V. Zivilsenats vom 22.12.1995 [oben Fn. 32]. Sie betraf ebenfalls einen Schadensersatzanspruch aus kaufrechtlicher Gewährleistung, der lediglich durch ein vertragliches Nachbesserungsrecht modifiziert war.“

Man könnte also salopp formulieren: Ende gut, alles gut. Im Beispielsfall Variante b ist mithin nach neuerer BGH-Rechtsprechung zumindest der Einwand des Bauträgers, die Erwerber könnten die Schadensersatzforderung nur anteilig entsprechend ihrer Quote geltend machen, überholt. Noch nicht ausdrücklich höchstrichterlich entschieden ist allerdings auch hier die Frage, ob die Gemeinschaftsbezogenheit der Schadensersatzforderung der Aufrechnung entgegensteht. Die Frage ist zu verneinen, wenn die Gemeinschaft der Zahlung an einzelne Erwerber zustimmt; insoweit ist auf die obigen Ausführungen zum Vorschussanspruch zu verweisen.

Ergebnis: Einzelne Erwerber können wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum vollen, nicht nur anteiligen Schadensersatz verlangen. Die anders lautende Rechtsprechung des V. Zivilsenats ist für das Werkvertragsrecht überholt. Richtiger Weise kann der einzelne Erwerber mit dieser Forderung auch gegen Restforderungen des Bauträgers aufrechnen, sofern ein Beschluss der Gemeinschaft vorliegt, der ihn zur Aufrechnung bzw. dazu ermächtigt, (ganz oder teilweise) Zahlung an sich zu verlangen. Wird der Beschluss allerdings nach Eintritt der Insolvenz des Bauträgers gefasst, können an der Zulässigkeit der Aufrechnung wegen § 96 InsO Bedenken bestehen. Diesbezüglich liegen noch keine Gerichtsentscheidungen vor.