

Die Willensbildung in der Wohnungseigentümergeinschaft nach der WEG-Novelle

Prof. Dr. Martin Häublein
Freie Universität Berlin

I. Einführung

Voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte wird die größte Veränderung des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) seit dessen Verkündung im Jahr 1951 in Kraft treten. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Änderung im Wesentlichen folgende Ziele¹:

- Erleichterung der Willensbildung der Wohnungseigentümer,
- Verbesserung der Informationsmöglichkeit über Eigentümerbeschlüsse,
- Harmonisierung des gerichtlichen Verfahrens und
- Stärkung der Stellung der Wohnungseigentümer gegenüber den Banken.

Die Erleichterung der Willensbildung, die das Thema dieses Beitrags ist, gehörte von Anfang zu den zentralen Anliegen des Gesetzgebungsvorhabens. Nach der Entscheidung des BGH vom 20. September 2000², in der der V. Zivilsenat die Möglichkeiten zu einer mehrheitlichen Willensbildung erheblich beschnitten hatte, war die Befürchtung aufgekommen, notwendige Anpassungen der Gemeinschaftsordnung, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander rechtlich maßgeblich prägt, seien künftig nicht mehr möglich. Obwohl die weitere Entwicklung der Rechtsprechung³ diese Bedenken teilweise obsolet werden ließ, blieben bestimmte Bereiche einer (mehrheitlichen) Beschlussfassung verschlossen. Um die diesbezüglichen Neuregelungen sowie ihr Verhältnis zu den Vereinbarungen der Wohnungseigentümer geht es im Folgenden.

II. Auswirkungen des neuen Rechts auf die Grundlagen der Willensbildung

1. Ausweitung der Beschluss- und Einschränkung der Vereinbarungskompetenz

a) Der zwingende Vorrang vereinbarungsändernder Beschlüsse.

Auch künftig stehen den Wohnungseigentümern zwei unterschiedliche Regelungsinstrumente zur Verfügung: Zur Regelung ihres Verhältnisses un-

¹ Vgl. hierzu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 16/887 S. 1 f.

² BGHZ 145, 158 = NJW 2000, 3500 = NZM 2000, 1184 = ZMR 2000, 771 = ZfIR 2000, 877 = ZWE 2000, 518.

³ S. insb. BGHZ 156, 193 = NJW 2003, 3476 = NZM 2003, 952 = ZMR 2003, 937 = ZfIR 2003, 1041 = ZWE 2004, 66.

tereinander sieht § 10 Abs. 2 S. 2 WEG-neu (bislang § 10 Abs. 1 S. 2) die Vereinbarung vor, bei der es sich um einen Vertrag aller Wohnungseigentümer handelt. Daneben gibt es den Beschluss (s. etwa § 10 Abs. 4 WEG-neu), dessen in der Praxis besonders relevante Spielart - den Mehrheitsbeschluss - nach wie vor § 25 WEG etwas näher ausgestaltet. Für die Praxis wird sicherlich auch weiterhin gelten, dass Vereinbarungen vor allem im Rahmen der Aufteilung zustande kommen (s. §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4 WEG), während nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft der Beschluss als Willensbildungsinstrument dominiert.

Während man allerdings bislang grundsätzlich⁴ davon ausgehen konnte, dass sich die vertragliche Regelung aller Wohnungseigentümer (Vereinbarung) gegenüber inhaltlich abweichenden Beschlüssen durchsetzte, wird nunmehr in bestimmten Bereichen eine von der Vereinbarung abweichende Beschlussfassung erlaubt. Der Gesetzgeber geht sogar noch einen beträchtlichen Schritt weiter: Das neue Recht sichert die Kompetenz der Eigentümer zur mehrheitlichen Willensbildung gegen abweichende Vereinbarungen ab, was überwiegend ausdrücklich normiert wird (vgl. §§ 12 Abs. 4 S. 2, 16 Abs. 5, 22 Abs. 2 S. 2 WEG-neu). In den betroffenen Bereichen (zu ihnen im Einzelnen unter III.) ist es damit unmöglich geworden, Veränderungen der bestehenden Gemeinschaftsordnung durch die Mehrheit auszuschließen.

Beispiel: Vereinbaren die Eigentümer in einer Mehrhausanlage eine Verteilung der Betriebskosten nach Häusern bzw. hat der aufteilende Eigentümer eine solche festgelegt, kann der Einzelne nicht mehr davon ausgehen, dass diese Regelung nur mit seiner Zustimmung geändert werden kann. Die Gemeinschaftsordnung steht zwingend unter dem Vorbehalt einer abweichenden Beschlussfassung der Mehrheit, wobei es sich gem. § 16 Abs. 3 WEG-neu um die einfache Versammlungsmehrheit i.S.v. § 25 WEG handelt. Da § 16 Abs. 5 WEG-neu die Einschränkung der Befugnisse zur mehrheitlichen Beschlussfassung untersagt, sollen Änderungen nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht an die Zustimmung der Betroffenen oder einer qualifizierten Mehrheit gebunden werden können.⁵

Die darin liegende Beschneidung der Privatautonomie (Vereinbarungskompetenz) nimmt der Gesetzgeber in Kauf, um die künftige Gestaltungsmacht der Mehrheit zu sichern.⁶ Er will auf diesem Weg ferner sicherstellen, dass die erweiterte Beschlusskompetenz bestehende Gemeinschaftsordnungen ebenfalls erfasst.⁷ Auch sofern diese keine Öffnungsklausel⁸ enthalten, unterliegen sie nunmehr der Disposition der Mehrheit,

⁴ Eine Ausnahme bildeten die Fälle, in denen sog. Öffnungsklauseln die vereinbarte Gemeinschaftsordnung für abweichende Mehrheitsbeschlüsse öffnete; s. dazu Fn. 8.

⁵ Zum Schutz der Minderheit im Rahmen des § 16 Abs. 3 WEG-neu s. unter III. 2.

⁶ Krit. *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16 f.; *ders.*, ZWE 2005, 141; *Hügel*, ZWE 2005, 135.

⁷ S. hierzu die Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 21 f. (zu § 12 Abs. 4 S. 2 WEG-neu).

⁸ Zu diesen s. *Becker* in: *Köhler/Bassenge*, *Anwaltshandbuch*, 2003, Teil 4 Rn. 100 ff.

soweit der Gesetzgeber die Beschlusskompetenz in den §§ 12, 16, 21 und 22 WEG erweitert hat.

Die Neuregelung wirkt sich ferner auf bereits existierende Gemeinschaftsordnungen mit Öffnungsklausel aus: Der zwingende Charakter der neuen Vorschriften führt dazu, dass über diese hinausgehende Mehrheiten für das Zustandekommen eines vereinbarungs- oder gesetzesändernden Beschlusses⁹ nicht gefordert werden können. Ist etwa nach der Öffnungsklausel die Zustimmung von 80 % der Stimmen für eine Änderung erforderlich, ändert dies nichts daran, dass ein rechtmäßiger Eigentümerbeschluss der den Kautelen der §§ 16 Abs. 4, 22 Abs. 2 WEG-neu genügt, künftig auch dann zustande kommt, wenn nur 75 % der stimmberechtigten Eigentümer mit „Ja“ gestimmt haben.¹⁰ Häufiger dürfte aber der Fall sein, dass die Öffnungsklausel ein geringeres Quorum vorsieht (z.B. 2/3-Mehrheit). Derartige Beschlusskompetenzen bleiben nach dem Willen des Gesetzgebers von der Neuregelung unberührt; Ziel der Novelle ist die Erleichterung der Willensbildung und nicht deren Erschwerung.¹¹

b) Reichweite der Abänderungsverbote. Der zuletzt genannte Aspekt, nämlich der nur in eine Richtung wirkende zwingende Charakter der in §§ 12 Abs. 4 S. 2, 16 Abs. 5, 22 Abs. 2 S. 2 WEG-neu geregelten Abänderungsverbote, wirft etliche Fragen auf. Sie sollen hier vorab, gleichsam „vor der Klammer“ behandelt werden, weil sie sich für die unterschiedlichen Beschlusstatbestände, die unter III. im Einzelnen zu behandeln sind, zumindest in vergleichbarer Form stellen.¹² Klärungsbedarf besteht sowohl bezüglich der vom Abänderungsverbot betroffenen Voraussetzungen der Mehrheitsmacht als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen.

Letztere gestaltet das Gesetz nicht näher aus. Das Verbot, die neuen gesetzlichen Beschlusstatbestände einzuschränken oder gar auszuschließen, wird man als gesetzliches i.S.v. § 134 BGB zu begreifen haben. Jede Regelung, die die Mehrheitskompetenz einschränkt, ist daher grundsätzlich nichtig. Folglich scheidet in künftigen Gemeinschaftsordnungen die Heraussetzung der Mehrheitsanforderungen aus (z.B. für Modernisierungen auf *mehr als 75 %* aller stimmberechtigten Eigentümer). Fest steht aber – wie gesagt – ferner, dass der Gesetzgeber eine erleichterte Willensbildung zulassen wollte,¹³ weshalb eine Vereinbarung, die eine Mehrheitsentscheidung über eine abweichende Kostenverteilung bei der Instandsetzung bereits dann zulässt, wenn drei Viertel *der anwesenden* Eigentümer ihr zustimmen, wirksam sein muss. Gleiches gilt bspw., wenn eine Änderung der Kostenverteilung in der Öffnungsklausel ungeachtet der Gebrauchsmöglichkeit zugelassen ist. Die Kautelen der §§ 16 Abs. 4 und 22 Abs. 2

⁹ Zur Terminologie s. nur *Wenzel*, FS Hagen, 1999, S. 231, 235 und ZWE 2000, 2 f.

¹⁰ Näher hierzu sogleich unter b. Zu den weiteren Voraussetzungen des qualifizierten Mehrheitsbeschlusses s.u. II. 3.

¹¹ S. hierzu Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 25 (zu § 16 Abs. 5 WEG-neu).

¹² Nur § 21 Abs. 7 WEG-neu enthält kein ausdrückliches Abänderungsverbot; s. dazu noch später unter III. 3a a.E.

¹³ So ausdrücklich Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 25 re. Spalte mittig.

WEG-neu statuieren *keinen zwingenden Minderheitenschutz*, weil es dem Gesetzgeber allein um die Erweiterung der Mehrheitsmacht geht!

Die überwiegende Zahl der in den nächsten Jahren und wohl auch Jahrzehnten virulent werdenden Fälle, die Gemeinschaftsordnungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts betreffen werden, dürfte sich indes dadurch auszeichnen, dass die Regelung in der Gemeinschaftsordnung keiner der beiden Extreme (Einschränkung oder Erweiterung der Kompetenz) eindeutig zugeordnet werden kann. Zwischen diesen Polen liegen offenkundig Regelungen, die sich je nach Fall sowohl einschränkend auswirken als auch zu einer erleichterten Beschlussfassung führen können. Dazu zwei Beispiele mit in der Praxis verbreiteten Regelungen:

Beispiel 1: Die Gemeinschaftsordnung legt fest, dass nicht nach Köpfen, sondern nach Wohnungen abzustimmen ist (Objektprinzip). Ob ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss nach dieser Regelung eher zustande kommt als nach dem neuen Gesetz, das die Abstimmung nach Köpfen (Kopfprinzip) vorsieht, hängt davon ab, welche Eigentümer in concreto die Zustimmung erklären; abstrakte Aussagen sind insoweit nicht möglich.

Beispiel 2: Die Gemeinschaftsordnung enthält eine rechtsgeschäftliche Öffnungsklausel, die bei Zustimmung von *mehr* als 75 % aller Wohnungseigentümer *allgemein* eine Regelung unter Abänderung der Gemeinschaftsordnung oder Abweichung vom Gesetz zulässt. Die Mehrheitskompetenz wird also nicht auf die künftig im WEG geregelten Beschlussinhalte beschränkt, sieht aber ein höheres Mehrheitserfordernis vor.

Zunächst einmal gilt es zu bestimmen, inwiefern diese rechtsgeschäftlichen Regelungen überhaupt im Konflikt zu den neuen Beschlusstatbeständen stehen. Ein Widerspruch zu diesen und damit ein Anwendungsbereich für die Abänderungsverbote besteht im ersten Beispiel überhaupt nur dann, wenn man die Abstimmung nach dem Kopfprinzip zum vereinbarungsfesten Tatbestand der neuen gesetzlichen Beschlusstatbestände zählt. Während das in § 16 Abs. 4 S. 2 und § 22 Abs. 2 S. 1 WEG-neu aus dem Wortlaut der Normen folgt, kann dies für §§ 12 Abs. 4, 16 Abs. 3 und 21 Abs. 7 WEG-neu allenfalls mittelbar aus dem Merkmal „durch Stimmenmehrheit“ hergeleitet werden. Genau dieses Merkmal wird in § 25 WEG aufgegriffen (s. § 25 Abs. 1) und näher ausgestaltet, so dass gem. § 25 Abs. 2 WEG das Kopfprinzip auch hier zum gesetzlichen Tatbestand zu zählen ist. Zwar ist § 25 Abs. 2 WEG für sich genommen nach allgemeiner Ansicht dispositiv; jedoch geht es dem Gesetzgeber erklärtermaßen darum, durch die Unabdingbarkeit der neuen Beschlusstatbestände nicht nur die Beschlusskompetenz als solche zu sichern, sondern auch die konkrete Mehrheitsmacht.¹⁴ Für die § 16 Abs. 4 S. 2 und § 22 Abs. 2 S. 1 WEG-neu wird sich daher wohl recht schnell die h.M. herausbilden, dass auch das

¹⁴ Vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 22, li. Spalte.

Kopfprinzip zum zwingenden Normbestand gehört. Da keine sachlichen Gründe dafür streiten, die Frage für die übrigen neuen Beschlusskompetenzen abweichend zu beurteilen, könnte man eine Differenzierung allenfalls dadurch rechtfertigen, dass nur in §§ 16 Abs. 4 und 22 Abs. 2 WEG neu ausdrücklich auf § 25 Abs. 2 Bezug genommen wird. Dabei dürfte es sich aber lediglich um eine Klarstellung handeln; ein abweichendes Regelungskonzept kann den Erwägungen des Gesetzgebers nicht entnommen werden. Die klarstellende Erwähnung von § 25 Abs. 2 WEG in den beiden genannten Neuregelungen lässt sich plausibel damit erklären, dass es sich bei den dort geforderten qualifizierten Mehrheiten um solche handelt, die nicht exakt mit den Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 WEG („durch Stimmenmehrheit“) übereinstimmen.

Gehört damit die Berechnung der Stimmenmehrheit nach dem Kopfprinzip zum gesetzlichen Tatbestand aller Neuregelungen, sind auch die Abänderungsverbote im Zweifel hierauf zu beziehen. Aus den Materialien ist jedenfalls nicht zu erkennen, dass die Verbote insofern unterschiedliche Reichweiten besitzen sollen. Die „Befugnis“ i.S. des jeweiligen Abänderungsverbots dürfte daher als Befugnis der nach Köpfen berechneten Mehrheit zu begreifen sein, weshalb Regelungen nach Art des Beispiels 1 auch die neuen Beschlussstatbestände tangieren, deren Wortlaut das Kopfprinzip nicht ausdrücklich anordnet. Sie sind jedenfalls potentiell geeignet, die mehrheitliche Willensbildung zu erschweren, weil nicht ausgeschlossen ist, dass im Einzelfall eine Mehrheit nach Köpfen leichter zustande zu bringen ist als eine nach dem Objektprinzip zu berechnende. Besonders deutlich wird dies, wenn der aufteilende Eigentümer, der die Größe der Miteigentumsanteile frei bestimmen kann, die Abstimmung nach dem (Wertprinzip) festlegt. Durch ungleiche Bemessung dieser Anteile könnte so die Abänderbarkeit der Gemeinschaftsordnung erschwert werden.

Nun folgt allerdings bereits aus dem Normzweck der Abänderungsverbote, dass eine Totalnichtigkeit entsprechender Vereinbarungen schwerlich in Betracht kommt. Bevor man sich jedoch den Rechtsfolgen von § 134 BGB zuwendet, ist zunächst durch – notfalls ergänzende¹⁵ – Auslegung der Vereinbarung festzustellen, ob sich ein Konflikt mit den Neuregelungen auf diesem Wege vermeiden lässt. Die jeweilige Regelung ist dabei aus sich heraus objektiv auszulegen, wobei nur solche Umstände zu berücksichtigen sind, die für einen unbefangenen Betrachter erkennbar sind. Hier wirkt sich der zumindest satzungähnliche Charakter der Gemeinschaftsordnung aus bzw. der Umstand, dass es sich um im Grundbuch eingetragene Erklärungen handelt.¹⁶ Im Zweifel ist eine Auslegung zu bevorzugen, die mit den gesetzlichen Vorgaben übereinstimmt.¹⁷

¹⁵ Zur ergänzenden Auslegung der Gemeinschaftsordnung s. BGHZ 160, 354, 361 ff. = NJW 2004, 3413 = ZMR 2004, 834 = ZfIR 2004, 946 = ZWE 2005, 72.

¹⁶ S. dazu näher Häublein, Sondernutzungsrechte, 2003, S. 179 ff.

¹⁷ Dazu etwa BGHZ 134, 245, 248; BGH NJW 2000, 1333, 1335; 2003, 819, 820; zu den Grenzen z.B. Bork, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2006, Rn. 556.

Insbesondere – aber nicht nur – bei Gemeinschaftsordnungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Neuregelung wird sich auf diesem Wege in aller Regel ein Konflikt mit den genannten Abänderungsverboten vermeiden lassen. Eine Regelung, die eine Abstimmung nach dem Objekt- oder Wertprinzip vorsieht oder eine Öffnungsklausel, die in ihren Voraussetzungen vom neuen Recht abweicht, verfolgt nicht den Zweck, die Willensbildung durch die Mehrheit in Abweichung vom Gesetz zu erschweren. Ganz im Gegenteil zielte die Aufnahme von Öffnungsklauseln in Gemeinschaftsordnungen in der Vergangenheit stets auf eine *Erleichterung der mehrheitlichen Willensbildung*, weil nach der bisherigen Gesetzeslage ein Einstimmigkeitserfordernis bestand. Die Tatsache, dass das Gesetz nunmehr seinerseits die Mehrheitsmacht in bestimmten Bereichen noch über die konkrete rechtsgeschäftliche Öffnungsklausel hinaus ausdehnt, rechtfertigt nicht die Annahme, die Gemeinschaftsordnung wolle sich hierzu in Widerspruch setzen. Vorzugswürdig ist es daher, derartige Vereinbarungen einschränkend dahingehend auszulegen, dass diese dort nicht zur Anwendung gelangen, wo ein Mehrheitsbeschluss nach den Regeln des novellierten WEG einfacher zustande kommt. Der Sache nach wird die Vereinbarung damit geltungserhaltend reduziert.

Folglich ist davon auszugehen, dass die Öffnungsklausel im Beispiel 2 nur - aber auch immer dann (!) - anzuwenden ist, wenn die durch sie vermittelte Mehrheitsmacht noch über die der gesetzlichen Regelungen hinausgeht. Dies führt u.a. dazu, dass der Versammlungsleiter, der über eine Materie abstimmen lässt, die sowohl in den Anwendungsbereich einer rechtsgeschäftlichen Öffnungsklausel als auch in den der neuen gesetzlichen Beschlusstatbestände fällt, künftig beide möglichen Mehrheiten alternativ prüfen muss, um das Beschlussergebnis feststellen zu können. Er hat zu ermitteln, ob entweder die Voraussetzungen des gesetzlichen oder des rechtsgeschäftlichen Öffnungstatbestandes erfüllt sind. Ist dies der Fall, ist ein positiver Beschluss zustande gekommen und dieser zu verkünden. Dass es hierbei zu Fehlern kommen wird, darf beinahe als sicher gelten. Sie müssen innerhalb der Monatsfrist im Wege der Beschlussanfechtung geltend gemacht werden (s. dazu auch unter II. 3).

Regelungen der im Beispiel 1 beschriebenen Art zielen im Unterschied zu den Öffnungsklauseln (Beispiel 2) nicht eindeutig auf Erleichterung oder Erschwerung der Willensbildung, sondern auf Modifizierung des Stimmrechts. Sie sind nach hier vertretener Ansicht im Anwendungsbereich der neuen gesetzlichen Beschlusstatbestände gar nicht zur Anwendung zu bringen. Für Gemeinschaftsordnungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Neuregelung folgt das bereits daraus, dass ein potentieller Konflikt mit einer zwingenden gesetzlichen Norm in der Vergangenheit nicht bestand, weil Abweichungen von § 25 Abs. 2 WEG nach allgemeiner Ansicht wirksam vereinbart werden konnten. Aus der Sicht eines unbefangenen Betrachters handelt es sich bei dieser gesetzeskonformen Interpretation um die nahe liegende, es sei denn, die Regelung bringt eindeutig zum Ausdruck, von den zwingenden gesetzlichen Mehrheitskompetenzen abwei-

chen zu wollen. Dieses Szenario dürfte aber auch bei Regelungen in künftigen Gemeinschaftsordnungen die seltene Ausnahme sein.

Sofern eine gesetzeskonforme Auslegung von Vereinbarungen nicht in Betracht kommt, dürfte deren Totalnichtigkeit gleichwohl nur selten zu rechtfertigen sein. Vorzugswürdig erscheint die Annahme einer teilweisen Nichtigkeit der entsprechenden Vereinbarung, und zwar *soweit* diese kompetenzeinschränkend wirkt. Eine Teilnichtigkeit ist als Rechtsfolge des § 134 BGB durchaus anerkannt, auch wenn die h.M. im Zweifel von einer Gesamtnichtigkeit ausgeht.¹⁸ Ein solcher Zweifel besteht hier jedoch nicht, weil der Gesetzgeber die Gründe für das Abänderungsverbot deutlich herausgestellt hat und diese eben nur gegen eine Erschwerung der mehrheitlichen Willenbildung sprechen.

Von der Frage, ob der Gesetzeszweck die Gesamtnichtigkeit erfordert, ist – jedenfalls im gedanklichen Ausgangspunkt¹⁹ – die der Gesamtnichtigkeit der Regelung nach dem Rechtsgedanken des § 139 zu unterscheiden. Ob anzunehmen ist, dass die Regelung in dem Bereich, in dem ein Konflikt mit dem Gesetz nicht besteht, anzuwenden ist, muss ebenfalls durch Auslegung ermittelt werden. Entscheidend ist dabei, wie gesagt, nicht der (mutmaßliche) subjektive Wille desjenigen, auf den die Regelung in der Gemeinschaftsordnung zurückgeht. Der Sache nach sind hier die gleichen Erwägungen maßgeblich wie bei der ergänzenden Vertragsauslegung. Auch hier wäre verobjektivierend in der Regel davon auszugehen, dass die Vereinbarung über die abweichende Stimmverteilung jenseits der zwingenden Beschlusstatbestände weiterhin anzuwenden ist.

2. Beschluss-Sammlung und Grundbuch – Divergenzen zwischen den Publizitätsträgern

Nur am Rande ist hier auf die Probleme einzugehen, die sich aus der Einführung der sog. Beschluss-Sammlung ergeben. Obwohl der Gesetzgeber von der noch im Referentenentwurf²⁰ geplanten Regelung einer „negativen Publizität“ der Beschluss-Sammlung letztlich abgesehen hat, ist zu konstatieren, dass für Rechtsgeschäfte mit gleichem Regelungsgegenstand (z.B. über die Kostenverteilung) unterschiedliche Publizitätsträger existieren.²¹ Durch die Erweiterung der Beschlusskompetenz wird es zu größeren Di-

¹⁸ S. *Armbrüster* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2006, § 134 Rn. 105; *Palm* in: Erman, BGB, 11. Aufl., 2004, § 134 Rn. 14. Zur Bedeutung des Gesetzeszwecks für die Bestimmung der Rechtsfolge in § 134 BGB s. *Canaris*, FS Steindorff, 1990, S. 518, 530: Vollnichtigkeit nur, wenn sich nicht aus dem Schutzzweck ein anderes ergibt.

¹⁹ Zur Bedeutung des Schutzzwecks der Nichtigkeitsbegründenden Norm bei der Auslegung von § 139 BGB s. aber *Canaris* (Fn. 18) S. 539 m. weit. Nachw. Vgl. dort auch zum Problem der Verallgemeinerungsfähigkeit der Ratio des § 306 Abs. 1 BGB. Die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer unterfällt nach h.M. nicht dem Anwendungsbereich des AGB-Rechts; Nachw. zum Meinungsstand in BGHZ 151, 164, 174 = NJW 2002, 3240 = NZM 2002, 788 = ZMR 2002, 766 = ZfIR 2002, 731 = ZWE 2002, 570 (der BGH lässt die Frage letztlich offen).

²⁰ § 10 Abs. 3 S. 3 Ref-E; vgl. NZM 2005, 924, 925 = Beilage zu ZMR Heft 11/2004.

²¹ Krit. hierzu bereits *Häublein*, ZWE 2005, 148.

vergenzen zwischen dem Grundbuch und der tatsächlich geltenden Gemeinschaftsordnung kommen. Bislang war das nur bei Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Öffnungsklausel der Fall. Auswirkungen auf die durch den Mehrheitsbeschluss überholte Registerlage wurden dabei nur punktuell geregelt (s. § 12 Abs. 4 S. 3 – 5 WEG-neu, dazu unter III. 1). Statt einer im Schrifttum befürworteten Eintragung von gesetz- und vereinbungsändernden Beschlüssen in das Grundbuch²² oder in ein neu zu schaffendes Zentralgrundbuch,²³ hat der Gesetzgeber (letztlich aus Kostengründen) die Aufnahme derartiger Beschlüsse in die Beschluss-Sammlung für vorzugswürdig und ausreichend gehalten. Dort befinden sie sich allerdings zwischen einer Vielzahl „einfacher“ Beschlüsse und dürften für Sondernachfolger nur schwer zu finden sein, was nach vielen Jahrzehnten auch für die Alteiligentümer gelten dürfte.²⁴

Eine Konsequenz besteht darin, dass es zumindest in dem Bereich, in dem sich Beschlüsse gegen eingetragene Vereinbarungen durchsetzen, kein Vertrauen auf den Fortbestand der Regelung geben kann. Obwohl die Anwendbarkeit der §§ 892 f. BGB auf eingetragene Vereinbarungen der Wohnungseigentümer bereits in der Vergangenheit mit beachtlichen Argumenten in Zweifel gezogen worden ist,²⁵ befürwortete die überwiegende Ansicht eine – zumindest entsprechende – Anwendung der Gutgläubensvorschriften.²⁶ Nunmehr dürfen Erwerber von Wohnungseigentum auf den Grundbuchinhalt, insbesondere auf die für sie besonders wichtigen Kostenverteilungsregelungen auch dann nicht mehr vertrauen, wenn keine Öffnungsklausel zum Bestand der Gemeinschaftsordnung zählt. Ein gutgläubiger Erwerb würde das Fortbestehen der von den Eigentümern beschlossenen Abänderung gefährden und widerspräche dem Anliegen des Gesetzgebers, die Mehrheitsmacht zu stärken. In § 10 Abs. 4 S. 2 WEG-neu kommt darüber hinaus eindeutig zum Ausdruck, dass Beschlüsse der Eigentümer weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig sein sollen. Die Beschluss-Sammlung wird insoweit für besser geeignet gehalten, das Informationsbedürfnis der Erwerber zu befriedigen.²⁷ Soweit das Gesetz oder die Gemeinschaftsordnung die Kompetenz zur Abweichung vom Gesetz oder früheren Vereinbarungen eröffnet, könnte man daher sagen: Der Inhalt der Beschluss-Sammlung geht dem Grundbuch vor.

Dies aber wäre ungenau; denn der Vorrang gilt nur, wenn und insoweit die Sammlung die Beschlusslage *zutreffend* wiedergibt. Mit anderen Wor-

²² Dafür etwa *Demharter*, ZWE 2005, 151.

²³ S. hierzu insbesondere *Schneider*, ZMR 2005, 15 sowie *v. Oefele/Schneider*, DNotZ 2004, 740.

²⁴ Aus diesem Grund wird im Schrifttum inzwischen empfohlen, Beschlüsse die auf einer Öffnungsklausel beruhen, optisch hervorzuheben; s. *Deckert*, NZM 2005, 927, 928. Ob dies auch für Beschlüsse gelten soll, die auf den neuen gesetzlichen Öffnungstatbeständen beruhen, bleibt aber offen.

²⁵ S. hierzu *Demharter*, DNotZ 1991, 28; ausführlich auch *Bornemann*, Der Erwerb von Sondernutzungsrechten, 2000, S. 187 ff.

²⁶ Vgl. die Nachweise bei *Häublein*, Anwaltshandbuch (Fn. 8), Teil 12 Rn. 92 m. Fn. 4.

²⁷ S. hierzu die Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 20 f.

ten: Maßgeblich ist allein die tatsächliche Beschlusslage und nicht der Inhalt der Sammlung. Denn auch diese schützt den guten Glauben weder positiv noch negativ. Der Sondernachfolger ist an vom Grundbuchinhalt abweichende Beschlüsse folglich auch gebunden, wenn sie in der Beschluss-Sammlung nicht, unvollständig oder falsch wiedergegeben sind. In künftigen Gerichtsverfahren stellt sich damit u.a. die Frage, ob allein die Vorlage der Beschluss-Sammlung, die – sofern unterschrieben – eine Privatursache darstellt, geeignet ist, den Nachweis zu führen, dass eine vom Grundbuchinhalt abweichende Regelung existiert. Allein die damit zusammenhängenden Fragen rechtfertigen einen eigenen Beitrag.²⁸

3. Der doppelt qualifizierte Mehrheitsbeschluss als „neues“ Regelungsinstrument im Rahmen der Verwaltung

In Verwaltungsangelegenheiten entschieden die Wohnungseigentümer bislang entweder mit einfacher (Versammlungs-²⁹) Mehrheit oder einstimmig. Qualifizierte Mehrheitserfordernisse existierten – wenn man vom Sonderfall des § 22 Abs. 1 WEG einmal absieht, bei dem die Einordnung des Zustimmungserfordernisses stets umstritten blieb – allenfalls bei entsprechender Regelung in der Gemeinschaftsordnung. In anderen Bereichen des Verbandsrechts hingegen sind Satzungsänderungen durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss seit langem fester Bestandteil der lex scripta (vgl. etwa §§ 33 Abs. 1 S. 1 BGB, 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG).

Nunmehr wird auch im Wohnungseigentumsrecht der qualifizierte Mehrheitsbeschluss als gesetzliches Regelungsinstrument eingeführt. Allerdings ist auf eine allgemeine Öffnung der Gemeinschaftsordnung bewusst zugunsten einer punktuellen Lösung verzichtet worden. In zwei Fällen fordert das Gesetz hierfür eine doppelt qualifizierte Mehrheit, nämlich bei Änderung der Kostenverteilung im Zusammenhang mit Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen sowie baulichen Veränderungen (s. § 16 Abs. 4 S. 2 WEG-neu) und für Beschlüsse über Modernisierungsmaßnahmen gem. § 22 Abs. 2 S. 1 WEG-neu. Letztere stellen genau genommen keine Änderung der Gemeinschaftsordnung dar (dazu auch unter III. 4).

Zum Schutze der Minderheit schreibt das Gesetz nicht nur die Zustimmung einer Mehrheit von drei Viertel aller stimmberechtigten Eigentümer vor, sondern ordnet weitergehend an, dass auch mehr als die Hälfte der im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile hinter der Regelung stehen müssen. Ein zusätzlicher Schutz wird dadurch bewirkt, dass die erforderliche Dreiviertelmehrheit, die gem. § 25 Abs. 2 WEG nach Köpfen

²⁸ Die offenen Fragen hängen partiell mit dem umstrittenen Beweiswert des Versammlungsprotokolls zusammen, über den die Beschluss-Sammlung keinesfalls hinausgehen kann. Viel spricht dafür, denjenigen, der sich auf den Inhalt der Beschluss-Sammlung beruft, nach allgemeinen Grundsätzen mit der Beweisführung zu belasten und keinerlei Vermutung für Vollständigkeit und Richtigkeit der Sammlung anzuerkennen; zum Protokoll s. *Becker*, ZMR 2006, 489, 493 ff. und *Bonifacio*, ZMR 2006, 583, 587 f.

²⁹ Etwas Anderes galt für den Bereich der Entziehung; vgl. § 18 Abs. 3 S. 2 WEG.

zu berechnen ist (s.o. II. 1b), an die Zustimmung aller Eigentümer anknüpft, also nicht nur der auf der Versammlung anwesenden.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass ein Beschluss, der die erforderliche Stimmenzahl nicht erreicht, aber gleichwohl vom Versammlungsleiter als zustande gekommen festgestellt und verkündet worden ist, nach Ablauf der Anfechtungsfrist bestandskräftig wird.³⁰ Für die Anerkennung eines solchen Rechtsgeschäfts durch die Rechtsordnung streiten letztlich Rechtssicherheitsabwägungen, die in § 23 Abs. 4 WEG³¹ ihren spezifischen Niederschlag gefunden haben. Anknüpfungspunkt und tatbestandliche Voraussetzung für das Rechtsgeschäft ist die tatsächliche Abstimmung der Wohnungseigentümer in einer Eigentümerversammlung,³² die selbst dann, wenn sich eine Mehrheit gegen den Beschlussantrag ausspricht, zu einem (negativen) Beschluss führt.³³ Stellt der Versammlungsleiter irrtümlich das Zustandekommen eines positiven Beschlusses fest und verkündet er diesen, ist dieser Beschluss wirksam und kann nur bei Anfechtung innerhalb der Monatsfrist für ungültig erklärt werden. Das ändert freilich nichts daran, dass der Versammlungsleiter seine Pflichten verletzt, wenn er ein falsches Beschlussergebnis feststellt oder verkündet.

III. Die einzelnen Tatbestände erweiterter Beschlusskompetenz

1. Veräußerungsbeschränkung gem. § 12 WEG

a) Hintergrund. Gem. § 12 WEG kann vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur (wirksamen) Veräußerung seines Eigentums der Zustimmung eines anderen Eigentümers oder eines Dritten bedarf. Als „Dritter“ und damit Zustimmungsberechtigter wird in der Praxis sehr häufig der jeweilige Wohnungseigentumsverwalter bestimmt,³⁴ der für die Erteilung der Zustimmung und den damit verbundenen Aufwand regelmäßig eine Vergütung erhält. Dem steht ein eingeschränkter Nutzen gegenüber, weil die Zustimmung nur aus „wichtigem Grunde“ verweigert werden darf (§ 12 Abs. 2 S. 1 WEG). Die Norm dient dem Schutz der Mitglieder der Gemeinschaft vor Personen, bei denen der begründete Verdacht besteht, sie passten sich nicht in die Gemeinschaft ein. Auch der Schutz vor zahlungsunfähigen Erwerbem gehört hierher. Die Unzumutbarkeit der „Aufnahme“ in die Gemeinschaft muss ihre Ursache aber in dessen Person haben.³⁵

³⁰ Vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 25.

³¹ Satz 2 dieser Vorschrift lautet künftig: „Im Übrigen ist ein Beschluss gültig, solange er nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt ist.“

³² Nach h.M. handelt es sich hierbei um eine konstitutive Tatbestandsvoraussetzung; vgl. *Merle* in: *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., 2003, § 23 Rn. 115 f.

³³ BGHZ 148, 335, 341 ff. = NJW 2001, 3339 = NZM 2001, 961 = ZMR 2001, 809 = ZWE 2001, 530.

³⁴ Zu anderen Gestaltungen vgl. etwa *Hügel*, ZWE 2005, 134 (Stellungnahme zu § 12 Abs. 4 WEG-neu).

³⁵ Statt aller *Pick* in: *Bärmann/Pick/Merle* (Fn. 32) § 12 Rn. 32; *Kreuzer* in: *Staudinger*, WEG, 13. Bearb., 2006, § 12 Rn. 44 ff.

Da in der Mehrzahl der Fälle eine „gemeinschaftsfeindliche“ Gesinnung des Erwerbers nicht festgestellt werden kann, stellt die Erteilung der Zustimmung oft einen Formalismus dar, der Zeit und Geld kostet. Die Regelung gem. § 12 WEG geht in den allermeisten Gemeinschaftsordnungen auf den aufteilenden Eigentümer zurück, beruht also nicht auf dem Wunsch der späteren Mitglieder der Gemeinschaft.³⁶ Diese sind in vielen Fällen an einer Beibehaltung der Regelung nicht unbedingt interessiert.

b) Aufhebung der Beschränkung durch Mehrheitsbeschluss. Gem. § 12 Abs. 4 S. 1 WEG-neu können die Eigentümer künftig mit einfacher Stimmenmehrheit darüber entscheiden, ob sie an der Veräußerungsbeschränkung festhalten wollten. Der Gesetzgeber hat eine vollständige Abschaffung des § 12 WEG zwar erwogen, sich aber dagegen entschieden, weil der Regelung „insbesondere bei kleineren Gemeinschaften und im ländlichen Bereich“ Bedeutung zukomme.³⁷ Insofern stellt der Verzicht auf ein – ebenfalls erwogenes – qualifiziertes Mehrheitserfordernis einen Kompromiss dar: Der Gesetzgeber ermöglicht der einfachen Versammlungsmehrheit i.S.v. § 25 WEG die Abschaffung der Regelung, vertraut also darauf, dass die jeweilige Mehrheit selbst am besten einzuschätzen vermag, ob dem mit der Zustimmung verbundenen Aufwand ein entsprechender Nutzen gegenüber steht. Der Schutz der Minderheit, die an einer bestehenden Regelung gem. § 12 WEG festhalten möchte, wird allein durch Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses im Rahmen der Beschlussanfechtung gewährleistet. Dabei werden in der Praxis wohl aber vor allem formelle Verstöße eine (dann lediglich delatorische) Rolle spielen, weil inhaltlich ein entsprechendes Ermessen der Mehrheit besteht und Gründe, die zwingend für ein Festhalten an einer derartigen Regelung sprechen, selten existieren werden.³⁸ Das grundsätzlich freie Ermessen kommt im Fehlen entsprechender Beschränkungen der Mehrheitsmacht³⁹ zum Ausdruck. Es steht einem aus § 21 Abs. 4 WEG abgeleiteten Anspruch der Minderheit auf Aufhebung der Beschränkung entgegen. Nicht einmal die Tatsache, dass der Mehrheitseigentümer unmittelbar oder mittelbar⁴⁰ an der von allen Eigentümern aufzubringenden Gebühr für die Zustimmungserteilung partizipiert, verpflichtet ihn, an der Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung mitzuwirken.

³⁶ Der aufteilende Eigentümer fasst den Zustimmungsvorbehalt in aller Regel so ab, dass seine Veräußerungen (sog. „Erstverkäufe“) auch ohne Zustimmung wirksam sind.

³⁷ Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 21.

³⁸ In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung etwa dann, wenn die Veräußerung der Zustimmung eines bestimmten Wohnungseigentümers bedarf und die Mehrheit gegen dessen Willen die Aufhebung beschließt; vgl. *Hügel* (Fn. 34) S. 135. Der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, derartige Fälle von der Beschlusskompetenz auszunehmen, so dass als Schutzinstrument nur die Ordnungsmäßigkeitskontrolle im Rahmen der Anfechtung bleibt. Eine zur Unwirksamkeit des Beschlusses führende Zustimmungspflicht infolge des Entzuges eines Sonderrechts – s. hierzu unter Hinweis u.a. auf § 53 Abs. 3 GmbHG *Becker/Strecker*, ZWE 2001, 569, 573 ff. – dürfte ebenfalls der Intention des Gesetzgebers widersprechen.

³⁹ Wie sie etwa § 16 Abs. 3 WEG-neu für die Änderung der Kostenverteilung vorsieht.

⁴⁰ Z.B. weil die Verwaltung durch ihn selbst oder ein Tochterunternehmen erfolgt.

Die Beschlusskompetenz erfasst nur die Aufhebung, nicht aber die Begründung einer Veräußerungsbeschränkung. Sie ist gem. § 12 Abs. 4 S. 2 WEG-neu zwingend, was auch für die Stimmberechnung nach Köpfen gilt (s. II. 1b). Die Beschränkung auf die Aufhebung führt zu der keineswegs nur theoretischen Frage, ob die Eigentümer die einmal beschlossene Abschaffung wieder aufheben können. Gründe für einen solchen Sinneswandel könnten etwa schlechte Erfahrungen mit neuen Mitgliedern sein, die nach der Aufhebung der Beschränkung „ungeprüft“ Eigentümer wurden, oder schlicht wechselnde Mehrheitsverhältnisse infolge von Eigentümerwechseln. Grundsätzlich ist ein derartiger Zweitbeschluss zulässig.⁴¹ Er führt hier der Sache nach aber zu einer Begründung einer Veräußerungsbeschränkung und ist damit m.E. ausgeschlossen.

Etwas anderes könnte – vor allem⁴² von denjenigen, die im Grundbuch eingetragene Vereinbarungen der Eigentümer sachenrechtlich deuten – für die Fälle erwogen werden, in denen die Eigentümer von der sogleich zu behandelnden Möglichkeit einer Löschung der ursprünglichen Regelung im Grundbuch keinen Gebrauch gemacht haben. Es ließe sich argumentieren, dass sich der Aufhebungsbeschluss nur über die dingliche Regelung „schiebe“ und daher unter erleichterten Bedingungen aufzuheben sei.⁴³ Damit aber würde dem Umstand nicht hinreichend Rechnung getragen, dass der Gesetzgeber die Willensbildung durch Vereinbarung und Beschluss in den Bereichen, in denen er nunmehr die Änderung von Vereinbarungen auf dem Beschlusswege zulässt, auf eine Stufe stellt. Ein Beschluss hat nicht nur den gleichen Geltungsgrund wie eine Vereinbarung (privatautonome Entscheidung der Eigentümer), er entfaltet auch die gleichen Wirkungen. Diese sollen, wie u.a. § 12 Abs. 4 S. 3 WEG-neu erkennen lässt, nicht von einer Grundbucheintragung abhängen, sondern es besteht nur die – der Klarheit dienende – Löschungsmöglichkeit. Das bedeutet, dass die Veräußerungsbeschränkung durch den wirksamen (und bestandskräftigen) Beschluss endgültig beseitigt ist und allein im Wege der Vereinbarung wieder herbeigeführt werden kann. Für einen den Aufhebungsbeschluss aufhebenden Zweitbeschluss fehlt es an der Kompetenz.

c) Berichtigung des Grundbuchs. Für den Fall eines Aufhebungsbeschlusses gem. § 12 Abs. 4 S. 1 WEG-neu, wurden Regelungen geschaffen, die es ermöglichen sollen, das Grundbuch möglichst einfach an die neue Rechtslage anzupassen. § 12 Abs. 4 S. 3 WEG-neu hat lediglich klarstellenden Charakter, zeigt aber zugleich, dass der Gesetzgeber die

⁴¹ S. zum Zweitbeschluss *Elzer*, ZMR 2007, Heft 4.

⁴² Auch Autoren, die - wie der Verf. - der schuldrechtlichen Sichtweise anhängen, räumen Vereinbarungen i.S.v. § 12 WEG zum Teil einen Sonderstatus ein, weil sie unmittelbare Drittwirkung entfalten (s. § 12 Abs. 3 WEG); dazu bereits *Häublein* (Fn. 16) S. 162 f. Die Grundbucheintragung soll hier ausnahmsweise zu einer Änderung der Rechtsnatur der Vereinbarung führen; s. *Ertl*, DNotZ 1979, 267, 275. Zu den Besonderheiten der Vereinbarungen i.S.v. § 12 WEG s. auch *Kreuzer* (Fn. 35) Rn. 11.

⁴³ So im Ansatz bzgl. vereinbarungsändernder Beschlüsse die sog. „Überlagerungstheorie“; s. *Hauger*, WE 1993, 231, 232 f.; zust. *Weitnauer*, WE 1995, 163, 164 f.

Gleichwertigkeit von Vereinbarung und Beschluss vor Augen hatte (s. dazu bereits vorstehend sub b). Die sich anschließenden Sätze 4 und 5 stellen die Voraussetzungen der Löschung klar. Sie bedarf keiner Bewilligung gem. § 19 GBO. Der Nachweis des Aufhebungsbeschlusses erfolgt durch das gem. § 26 Abs. 4 WEG beglaubigte Versammlungsprotokoll.

Die Gesetzesbegründung lässt offen, in welcher Beziehung die Norm zu § 22 GBO steht. Nach hier vertretener Ansicht⁴⁴ handelt es sich um einen Spezialfall der Grundbuchberichtigung. Dafür spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber den Regelungen nur klarstellende Funktion beigemessen hat.⁴⁵ Die Frage nach der Einordnung der Norm ist keineswegs nur akademischer Natur. Von praktischer Bedeutung dürfte insbesondere sein, inwieweit die grundbuchrechtlichen Anpassungen infolge Unrichtigkeit der eingetragenen Gemeinschaftsordnung von § 12 WEG-neu abschließend geregelt werden. Bemerkenswert ist nämlich, dass der Gesetzgeber ein entsprechendes Verfahren nur für die Aufhebungsbeschlüsse nach dieser Norm, nicht aber für sonstige Fälle vorgesehen hat, in denen die Eigentümer künftig mehrheitlich eingetragene Regelungen durch Beschluss aufheben können (z.B. hinsichtlich der Kostenverteilung). Es wäre mit der Publizitätsfunktion des Grundbuchs kaum zu vereinbaren, würde man den Eigentümern die Möglichkeit nehmen, das Grundbuch an entsprechende Änderungen der Gemeinschaftsordnung anzupassen. Aus § 12 Abs. 4 S. 3 – 5 WEG-neu darf daher nicht der Umkehrschluss gezogen werden, eine Löschung überholter Regelungen komme nur hier in Betracht.⁴⁶

Die Frage, ob der Verwalter im Verhältnis zur Gemeinschaft oder die Wohnungseigentümer untereinander dazu verpflichtet sind, eine solche Löschung herbeizuführen, regelt das Gesetz nicht. Gegen eine entsprechende Pflicht des Verwalters spricht bereits, dass es originär Sache der Eigentümer ist, darüber zu befinden, ob sie die mit dem Eintrag im Grundbuch verbundenen Kosten auf sich nehmen wollen. Es empfiehlt sich daher, dass die Eigentümer über diese Frage zusammen mit der Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung beschließen und den Verwalter entsprechend anweisen. Was aber spricht dafür, eine derartige Löschung herbeizuführen? Es sind vor allem Erwägungen der Rechtssicherheit und –klarheit. Ihnen kommt wegen § 12 Abs. 3 WEG besonderes Gewicht zu. Solange die ursprüngliche Regelung im Grundbuch steht, laufen die Eigentümer Gefahr, bei späteren Veräußerungen Wirksamkeitsbedenken, die auf das Fehlen einer Zustimmung gem. § 12 WEG gestützt werden, durch Nachweis des Aufhebungsbeschlusses aus dem Weg räumen zu müssen. Zwar besteht eine Pflicht zur Beschlusssammlung gem. § 24 Abs. 7 und 8 WEG-

⁴⁴ Vgl. dazu auch *Häublein*, ZWE 2005, 148, 149.

⁴⁵ Zur lediglich klarstellenden Funktion s. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 22.

⁴⁶ Von der Frage, ob eine überholte Regelung auch außerhalb des § 12 WEG gelöscht werden kann, ist die nach der Eintragung des Inhalts der beschlossenen Neuregelung zu trennen. Ihr steht § 10 Abs. 4 S. 2 WEG-neu entgegen, der auch bei vereinbarungs- und gesetzesändernden Beschlüssen von einer Eintragung absieht. Der Gesetzgeber hat damit der sich u.a. auf § 22 GBO beziehenden Gegenansicht – s. hierzu *Schneider*, ZfIR 2002, 108, 116 ff.; *Wenzel*, ZWE 2004, 130, 138 – eine Absage erteilt.

neu; jedoch ist deren tatsächliche Existenz damit keineswegs gesichert und ihr Beweiswert außerdem höchst zweifelhaft (s.o. II. 2).

Vor der Zweckmäßigkeit der Löschung ist die Frage zu unterscheiden, ob die Löschung stets dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht, so dass sie gem. § 21 Abs. 4 WEG eingefordert werden kann. Das wird eher selten der Fall. Es kommt jedoch auf den Einzelfall an, z.B. auf die Größe der Gemeinschaft und die Höhe der auf den einzelnen entfallenden Kosten der Löschung.

2. Abweichende Kostenverteilung gem. § 16 Abs. 3 WEG-neu

a) Regelungsgegenstand. Die Wohnungseigentümer können künftig abweichend vom allgemeinen Kostenverteilungsschlüssel (§ 16 Abs. 2 WEG) mehrheitlich beschließen, dass die *Betriebskosten* des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums, sofern sie nicht unmittelbar gegenüber Dritten abgerechnet werden, und die *Kosten der Verwaltung* nach Verbrauch oder Verursachung erfasst und nach diesem *oder nach einem anderen Maßstab* verteilt werden, soweit dies ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Da auch diese Beschlusskompetenz gegen abweichende Vereinbarungen gesichert ist (s. § 16 Abs. 5 WEG-neu), besteht sie auch dann, wenn bereits eine von § 16 Abs. 2 WEG abweichende Vereinbarung der Eigentümer, z.B. über die Verteilung der Be- und Entwässerungskosten, existiert. Die herausragende praktische Bedeutung dieser Neuregelung dürfte sich in den kommenden Jahren schnell zeigen. Sie resultiert u.a. aus der – im Unterschied zu § 16 Abs. 4 WEG-neu – fehlenden Beschränkung auf den Einzelfall. Erwerber von Wohnungseigentum müssen sich sorgfältig über die Existenz von Beschlüssen informieren und können sich insofern weder auf den Inhalt des Grundbuchs noch auf den der Beschluss-Sammlung verlassen. Vor allem bei Mehrhausanlagen, wo häufig ein Mehrheitsinteresse an Kostenseparierung existiert, dürfte es zukünftig zu erheblichen Anpassungen solcher Gemeinschaftsordnungen kommen, die diesem Interesse nicht hinreichend Rechnung tragen. Für den Veräußerer bedeutet dies, dass ihn entsprechende Aufklärungspflichten treffen können, jedenfalls sofern er von Beschlüssen Kenntnis hat, die der Erwerber aus der Beschluss-Sammlung nicht ersehen kann.

b) Betriebskostenbegriff. Der Gesetzgeber verweist in § 16 Abs. 3 WEG-neu auf den Betriebskostenbegriff des § 556 Abs. 1 BGB und verspricht sich davon eine Rechtsvereinheitlichung und Vereinfachung der Rechtsanwendung. Seit dem 1. Januar 2007 legt § 556 Abs. 1 S. 2 BGB explizit fest, dass zu den Betriebskosten alle Kosten gehören, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück und den bestimmungsgemäßen Gebrauch desselben oder der Gebäude, Anlagen und Einrichtungen laufend entstehen. Die Einbeziehung der Kosten des Sondereigentums, soweit diese „nicht unmittelbar gegenüber Dritten abgerechnet werden“

(was z.B. bei Strom oder Gas verbreiteter Übung entspricht⁴⁷), ist dem Umstand geschuldet, dass der BGH⁴⁸ bestimmte Kosten als solche des Sondereigentums ansieht, obwohl sie über die Gemeinschaft abgerechnet werden. Hier beabsichtigt der Gesetzgeber künftig einen Gleichlauf, weshalb er – wie bei der aus § 21 Abs. 3 WEG abgeleiteten Beschlusskompetenz – einen einfachen Mehrheitsbeschluss für ausreichend hält.⁴⁹

So wünschenswert der Gleichlauf von Miet- und Wohnungseigentumsrecht aus Sicht der Rechtsunterworfenen auch sein mag,⁵⁰ so wenig darf der Wunsch nach Vereinfachung den Blick für die unterschiedlichen Ausgangssituationen verstellen: Das jeweilige Verständnis des Betriebskostenbegriffs hat im Bereich des WEG andere Auswirkungen als im Mietrecht. Während es dort in der Regel darum geht, ob der Mieter oder der Vermieter die Kosten zu tragen hat, steht die Instandspflicht der Wohnungseigentümer von vornherein außer Zweifel. Das muss sich geradezu zwangsläufig im Rahmen der Auslegung auf die Begriffsbildung auswirken.

Besonders deutlich wird dies bei der Abgrenzung der Betriebskosten zu den Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung: Mietrechtlich (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV) steht sie vor dem Hintergrund von § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, der die Erhaltungspflicht dem Vermieter zuweist. Wenn also etwa § 2 Nr. 2 BetrKV die Kosten „der Wartung von Wassermengenreglern“ zu Betriebskosten erklärt, steht hinter der (umstrittenen) Abgrenzung der Wartungs- von den Instandsetzungskosten ein spezifischer Zweck. Die mietrechtliche Auslegung des Wartungsbegriffs⁵¹ findet ebenso wie die Ausgestaltung der BetrKV durch den Gesetzgeber – bewusst oder unbewusst – zumindest immer auch unter dem Blickwinkel der Zumutbarkeit der Kostenbelastung des Mieters statt. Im WEG hingegen ist die Abgrenzung von Betriebs- und Instandhaltungskosten künftig von großer Bedeutung, weil an der Unterscheidung die Grenzziehung zwischen einfacher und qualifizierter Mehrheit ebenso hängt, wie der Umfang der Beschlusskompetenz über den Einzelfall hinaus (zu § 16 Abs. 4 WEG-neu unter III. 5).

Wenn also, um ein Beispiel zu bilden, § 2 Nr. 7 BetrKV hinsichtlich der Kosten des Betriebs von „Personen- und Lastenaufzügen“ anordnet, dass hierzu die „Kosten der Beaufsichtigung, der Bedienung, Überwachung und Pflege der Anlage, der regelmäßigen Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit einschließlich der Einstellung durch eine Fachkraft sowie die Kosten der Reinigung der Anlage“ gehören, und im Schrifttum

⁴⁷ Ausgeschlossen ist ebenfalls eine Beschlussfassung über die Verteilung der Grundsteuer; vgl. dazu *Becker*, ZWE 2005, 136, 137; *Köhler*, ZMR 2005, 19 f. Obwohl diese über § 2 Nr. 1 BetrKV unter den Betriebskostenbegriff subsumiert werden kann, besteht insofern keine Beschlusskompetenz; vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 22 f.

⁴⁸ S. oben Fn. 3 (zum im Sondereigentum verbrauchten Wasser).

⁴⁹ S. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 22 (zu Nummer 5).

⁵⁰ Krit. hierzu *Becker*, ZWE 2005, 136, 137; *Köhler*, ZMR 2005, 19 f.; grundsätzlich zust. hingegen *M.J. Schmid*, ZMR 2005, 27.

⁵¹ Zu den unterschiedlichen Ansichten s. nur *Langenberg* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., 2007, § 556 Rn. 96 u. 207 ff.

die Ausgliederung der Instandsetzungskosten auch dann gefordert wird, wenn diese nur einen geringen Teil ausmachen, weil unter den „betriebskostenrechtlichen Instandsetzungsbegriff“ auch „kleinere Reparaturen“ fallen,⁵² folgt daraus für das Wohnungseigentumsrecht noch nicht unbedingt ein überzeugendes Abgrenzungskriterium. Gleichwohl geht der Wille des Gesetzgebers erkennbar dahin, dass Vollwartungsverträge für Aufzugsanlagen insofern wohnungseigentumsrechtlich nicht anders behandelt werden sollen als im Mietrecht. Sofern die Wohnungseigentümer eine von der allgemeinen Kostenverteilung abweichende Umlage der Betriebskosten beschlossen haben, muss der Verwalter also den – notfalls zu schätzenden – Anteil für die Instandhaltung und Instandsetzung herausrechnen und diesen nach § 16 Abs. 2 WEG umlegen, sofern keine abweichende Regelung für die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten besteht.

Ob sich die Wohnungseigentumsgerichte der Interpretation der BetrKV bzw. des Betriebskostenbegriffs durch die mietrechtliche Rechtsprechung vollumfänglich anschließen werden, bleibt daher abzuwarten. Als sicher dürfte hingegen gelten, dass nur wenige Mietgerichte einer extensiven Auslegung der Begriffe, die zur Vereinfachung der Verwaltung vor dem Hintergrund der Abgrenzung von § 16 Abs. 3 zu Abs. 4 WEG-neu durchaus nicht fern liegend erscheint, bedingungslos folgen würden.

c) Kosten der Verwaltung. Die praktischen Konsequenzen der unter b) aufgezeigten Divergenzen werden dadurch abgemildert, dass § 16 Abs. 3 WEG-neu den Eigentümern die Kompetenz einräumt, auch die Kosten der Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss abweichend zu verteilen. Damit ist nicht nur das Verwalterentgelt gemeint, was sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm eindeutig ergibt.⁵³ Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Begriff der Verwaltung grundsätzlich an denjenigen anknüpft, der dem dritten Abschnitt des I. Teils des WEG vorangestellt ist.⁵⁴ Insofern herrscht ein weites Begriffsverständnis vor.⁵⁵

Damit erweist sich die Abgrenzung der Verwaltungskosten zu den Betriebskosten als im Vergleich zum Mietrecht⁵⁶ weniger bedeutsam. Zu den Kosten, über die die Eigentümer gem. § 16 Abs. 3 WEG-neu beschließen

⁵² S. *Langenberg*, ebenda, Rn. 137.

⁵³ Der Referentenentwurf des BMJ vom 1. Oktober 2004 enthielt noch keine entsprechende Regelung. Sie kam erst auf Anregung des Schrifttums – s. *Becker*, ZWE 2005, 137 – in das Gesetz. Damit sollten die Beschränkungen, die sich aus der Bezugnahme auf den Betriebskostenbegriff ergeben, aufgehoben werden. Die Verwaltervergütung bildete dabei von vornherein nur einen Beispielsfall; s. *Becker*, a.a.O.

⁵⁴ Abweichungen ergeben sich insb. aus § 16 Abs. 4 WEG-neu. So zählen zu den Kosten der Verwaltung i.S.v. § 16 Abs. 3 WEG-neu etwa nicht die Kosten für Baumaßnahmen, obwohl es sich hierbei um Verwaltungsmaßnahmen i.S.d. §§ 20 ff. WEG handelt.

⁵⁵ Vgl. hierzu etwa *Merle* (Fn. 32) § 20 Rn. 6; zu den Grenzen des Begriffs s. auch *Häublein*, FS Seuß, 2007, S. 125, 130 ff.

⁵⁶ Zur mietrechtlichen Abgrenzung s. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und zum Meinungsstand *Langenberg* (Fn. 51) Rn. 92 ff.

können, zählen neben dem Verwalterentgelt einschließlich etwaiger Sondervergütungen⁵⁷ für zusätzliche Eigentümerversammlungen etc., bspw.

- Kontoführungsentgelte,
- Kosten für die Erstellung von Jahresabrechnungen oder Beschluss-Sammlungen, sofern ein Dritter damit beauftragt wird, weil der Verwalter seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist,
- Rechtsanwaltskosten, sofern sie im Zusammenhang mit einer Verwaltungsmaßnahme stehen (z.B. Auseinandersetzung mit einem Versorgungsunternehmen oder dem Gebäudeversicherer) oder
- Kosten für die Anmietung von Versammlungsräumen.

Wie bei den Betriebskosten können sich auch bei den Verwaltungskosten praktische Probleme aus dem Erfordernis einer Abgrenzung zu den von § 16 Abs. 4 WEG-neu erfassten Sachverhalten ergeben. Hat die Gemeinschaft etwa zur Finanzierung einer Baumaßnahme ein Darlehen aufgenommen, handelt es sich dabei – je nach Art der Baumaßnahme – um Kosten einer Instandsetzung oder baulichen Veränderung. Erfolgt die Darlehensaufnahme aber im Rahmen einer Überziehung des gemeinschaftlichen Girokontos, kann die Zuordnung zu der konkreten Baumaßnahme weit weniger eindeutig und eine Zuordnung zu den Verwaltungskosten in Betracht zu ziehen sein.

d) Verteilungsschlüssel. § 16 Abs. 3 WEG-neu sieht als mögliche, von § 16 Abs. 2 WEG abweichende Verteilungsmaßstäbe den Verbrauch oder die Verursachung (s. dazu auch § 21 Abs. 7 WEG-neu) der Kosten vor, lässt ausdrücklich aber auch einen anderen Maßstab zu.⁵⁸ Als Schranke der Mehrheitsmacht werden lediglich die Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung genannt. Da diese Grundsätze nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁹ nicht kompetenzbegründend sind, kann grundsätzlich jeder Kostenverteilungsschlüssel beschlossen werden. Es ist Sache derjenigen Eigentümer, die mit einer entsprechenden Kostenverteilung nicht einverstanden sind, innerhalb der Monatsfrist (nunmehr in § 46 Abs. 1 S. 2 WEG-neu geregelt) die Anfechtungsklage zu erheben. Damit ist weitestgehend der Zustand wieder hergestellt, der vor der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000 herrschte, was im Schrifttum kritisiert worden ist.⁶⁰

Welche Maßstäbe ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen, ist eine Frage des Einzelfalls. Das Ermessen der Eigentümer wird nicht nur durch das Willkürverbot begrenzt. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zu

⁵⁷ Hier kann sich die Befugnis zu einer von § 16 Abs. 2 WEG abweichenden Verteilung auch aus § 21 Abs. 7 WEG-neu ergeben; s. dazu unter III. 3.

⁵⁸ Die Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 23 nennt etwa die Verteilung nach Köpfen oder nach Flächen.

⁵⁹ BGHZ 145, 163, 169. Sofern es in der Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 23 li. Spalte heißt, „die Kompetenz ist allerdings dadurch begrenzt, dass die beschlossene Maßnahme in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen müssen“, ist dies missverständlich.

⁶⁰ S. etwa *Abramenko*, ZMR 2005, 22, 24.

den Öffnungsklauseln ist vielmehr davon auszugehen, dass der beschlossene Maßstab nur dann ordnungsmäßig ist, wenn einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden.⁶¹ Die Wohnungseigentümer sind nach Auffassung des Gesetzgebers gehalten, von mehreren in Betracht kommenden Verteilungsschlüsseln denjenigen zu wählen, „der den Interessen der Gemeinschaft und des einzelnen Wohnungseigentümers angemessen ist und insbesondere nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung Einzelner führt.“⁶² Bei der Konkretisierung der Begriffe „unbillig“ bzw. „unberechtigt“ durch die Gerichte wird zu beachten sein, dass jede Veränderung des Verteilungsschlüssels notwendig zu einer Entlastung auf der einen und einer Belastung auf der anderen Seite führt, da die Kosten nun einmal insgesamt von den Eigentümern aufzubringen sind. Daraus folgt, dass nicht jede Mehrbelastung „unbillig“ sein kann. Ebensowenig kann bereits die Behauptung der betroffenen Eigentümer, sie hätten auf die Beibehaltung eines für sie günstigen Verteilungsschlüssels vertraut, weil sich dieser aus dem Grundbuch ergeben habe, eine Unbilligkeit begründen; denn damit würde die Möglichkeit der Mehrheit, sich über entsprechende Vereinbarungen hinwegzusetzen (s. § 16 Abs. 5 WEG-neu), auf die Fälle nicht angefochtener Beschlüsse beschränkt. Man wird also i.d.R. eine erhebliche Mehrbelastung zu fordern haben.

Die Begründung der Bundesregierung weist ferner darauf hin, für die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels müsse ein sachlicher Grund gegeben sein. Damit wird ebenfalls ein Kriterium der BGH-Rechtsprechung zu den Öffnungsklauseln übernommen,⁶³ was insofern konsequent ist, als es sich bei § 16 Abs. 3 WEG-neu – ebenso wie bei den anderen Neuregelungen – um nichts anderes handelt als gesetzliche Öffnungen der Gemeinschaftsordnung. Genau genommen ist diese Voraussetzung im Rahmen des § 16 Abs. 3 WEG-neu aber ebenso entbehrlich wie bei Bestehen einer rechtgeschäftlichen Öffnungsklausel, weil der erforderliche Schutz der Minderheit bereits durch das Benachteiligungsverbot umfassend gewährleistet ist. Eine Regelung, die keinen Eigentümer unangemessen benachteiligt, muss auch dann rechtmäßig beschlossen werden können, wenn objektiv keine sachlichen Gründe für diese Regelung streiten.⁶⁴ Alles andere bindet die Wohnungseigentümer ohne erkennbare Rechtfertigung an richterliche Auffassungen über die Anforderungen, die an das Vorliegen eines sachlichen Grundes zu stellen sind. Vorzugswürdig ist es daher, auf das Kriterium des sachlichen Grundes als eigenständige Voraussetzung für eine ordnungsmäßige Beschlussfassung zu verzichten und die Motive der Mehrheit für die Änderung des bestehenden Schlüssels in die Abwägung der widerstreitenden Interessen bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe „unbillig“ bzw. „unberechtigt“ einzubeziehen.

⁶¹ S. BGHZ 95, 137 = NJW 1985, 2832 = ZMR 1986, 19.

⁶² Vgl. Fn. 1 S. 23.

⁶³ BGH (Fn. 61).

⁶⁴ S. hierzu *Häublein* (Fn. 16) S. 212 f.; zust. *Elzer*, ZMR 2007, Heft 4.

Neben den individuellen Nachteilen⁶⁵ einzelner Eigentümer können auch objektive Gesichtspunkte gegen eine Ordnungsmäßigkeit der Verteilungsschlüsseländerung sprechen. Hierzu zählt bspw. der durch die Änderung verursachte Mehraufwand, der sowohl bei der Erfassung als auch bei der Verteilung der Kosten entstehen kann. Darüber hinaus wird zu berücksichtigen sein, inwieweit die in concreto beschlossene Regelung im Vergleich zur bisherigen streitanfälliger ist.

Resümierend ist festzuhalten, dass § 16 Abs. 3 WEG-neu nicht nur zu den praktisch bedeutsamsten, sondern auch zu den Neuregelungen zählen dürfte, die die Gerichte schon bald intensiv beschäftigen werden.

3. Festlegung von Zahlungsmodalitäten und Sonderentgelten gem. § 21 Abs. 7 WEG-neu

a) Überblick. In § 21 Abs. 7 WEG-neu wird den Wohnungseigentümern künftig die Beschlusskompetenz für bestimmte Verwaltungsangelegenheiten eingeräumt. Sie können - wie in § 12 Abs. 4 und § 16 Abs. 3 WEG-neu mit einfacher Stimmenmehrheit - beschließen über

- die Art und Weise von Zahlungen,
- die Fälligkeit von Forderungen,
- die Folgen des Verzugs sowie
- die Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder für einen besonderen Verwaltungsaufwand.

Im Anschluss an den BGH-Beschluss vom 20.9.2000⁶⁶ hatten sich für entsprechende Mehrheitsbeschlüsse Wirksamkeitshindernisse ergeben, die der Gesetzgeber wegen der damit verbundenen Unzuträglichkeiten für die Verwaltungspraxis beseitigen möchte.⁶⁷ Hierbei ging es ihm nicht zuletzt um die Vermeidung sachlich nicht gerechtfertigter Unterscheidungen, die das formale Kriterium der Beschlusskompetenz geradezu zwangsläufig mit sich bringt. So hatten die Eigentümer nach h.M. zwar die Möglichkeit, durch Mehrheitsbeschluss das Lastschriftverfahren einzuführen, die Verteilung der durch Nichtteilnahme Einzelner verursachten Mehraufwendungen auf diese Eigentümer erwies sich jedoch als Problem.⁶⁸ Wegen der damit verbundenen Abweichung vom Gesetz oder einer etwaigen Vereinbarung begegnete auch die Festlegung des Verzugszinses durch Eigentümerbeschluss Wirksamkeitsbedenken. In Gemeinschaftsordnungen, in denen der alte gesetzliche Zinssatz von 4 % p.a. festgeschrieben ist, bestand für zahlungsschwache Eigentümer bislang geradezu ein Anreiz, bei der Gemeinschaft Schulden zu machen, statt bei einem Dritten ein Darlehen auf-

⁶⁵ Ob hierzu auch die Tatsache zählt, dass ein Eigentümer einen bestimmten Verteilungsschlüssel mit seinem Mieter vereinbart hat und diesen nicht ohne weiteres an die beschlossene Veränderung anpassen kann, dürfte zu den umstrittenen Fragen des neuen Rechts zählen. M.E. ist sie - jedenfalls grundsätzlich - zu verneinen.

⁶⁶ S.o. Fn. 2.

⁶⁷ Zust. etwa *Gottschalg*, ZWE 2005, 141.

⁶⁸ Vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 27.

zunehmen. Auch die Festlegung der Fälligkeit der monatlichen Hausgeldzahlungen wurde dann zum Problem, wenn die Gemeinschaftsordnung bereits eine entsprechende Regelung vorsah; denn von dieser abzuweichen war nach dem Wortlaut von § 10 Abs. 2 WEG (der nunmehr in Abs. 3 enthalten ist) einer Vereinbarung vorbehalten. Die feinsinnigen Differenzierungen, die bei der Feststellung der Wirksamkeit von Eigentümerbeschlüssen „in bestimmten Geldangelegenheiten“⁶⁹ erforderlich wurden, zeigen sich insbesondere am Beispiel der Entscheidung des BGH⁷⁰ zur Wirksamkeit sog. Verfallklauseln, die nicht nur von Vorfälligkeitsklauseln abzugrenzen waren,⁷¹ sondern deren Wirksamkeit auch davon abhing, ob die Eigentümer die Regelung auf den konkreten Wirtschaftsplan beschränkten.

Die nunmehr für derartige Beschlussgegenstände angeordnete Kompetenz geht Vereinbarungen vor. Ein Vereinbarungsvorbehalt, wie ihn etwa § 21 Abs. 3 WEG kennt, existiert nicht. Diesen auszuschließen ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, der die Regelung ursprünglich als § 21 Abs. 5 Nr. 7 einführen wollte, sie dann aber auf Anregung des Schrifttums⁷² in einen eigenen Absatz übernahm, um die Beschlusskompetenz auf abweichende Vereinbarungen zu erstrecken.⁷³ Damit können die Eigentümer inadäquat erscheinende Regelungen der Gemeinschaftsordnung künftig abändern.

b) Zahlungsmodalitäten und Verzugsfolgen. § 21 Abs. 7 WEG-neu enthält Regelungen zu zwei unterschiedlichen Problembereichen. Der erste befasst sich mit den Zahlungsmodalitäten, also dem „Wie“ der Befriedigung von Sozialansprüchen,⁷⁴ und den Folgen des Verzuges. Neben der Möglichkeit, die Art und Weise der Zahlungen durch Mehrheitsbeschluss festzulegen (z.B. Verpflichtung zur Teilnahme am Lastschriftverfahren, s. oben a), können die Eigentümer künftig über § 28 WEG hinaus auch über die Fälligkeit der Sozialansprüche befinden. Bedeutung hat dies insbesondere für über den konkreten Wirtschaftsplan hinausgehende, d.h. generelle Regelungen. Da eine abweichende Gemeinschaftsordnung nicht (mehr) entgegensteht, können die Eigentümer die Fälligkeit der Hausgeldraten außerdem selbst dann auf den dritten Werktag festlegen, wenn in der Gemeinschaftsordnung der Monatserste als Zahlungstermin vorgesehen ist. Für eine entsprechende Anpassung besteht nicht zuletzt deswegen häufig ein praktisches Bedürfnis, weil vermietende Eigentümer ihre Verbindlichkeiten der Gemeinschaft gegenüber nicht selten aus den Mietzah-

⁶⁹ So die zusammenfassende Bezeichnung für die in § 21 Abs. 7 WEG-neu geregelten Fälle in der Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 27 li. Spalte (Zu Nummer 8).

⁷⁰ BGHZ 156, 279 = NJW 2003, 3550 = NZM 2003, 946 = ZMR 2003, 943 = ZWE 2004, 77 = ZfIR 2003, 991.

⁷¹ S. hierzu statt aller *Riecke/Schmidt/Elzer*, Die erfolgreiche Eigentümerversammlung, 4. Aufl., 2006, Rn. 1239.

⁷² S. *Gottschalg* (Fn. 67); vgl. auch *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16, 17, der darauf hinweist, dass eine Verortung in § 21 Abs. 5 WEG auch die Anwendung von Abs. 4 zur Folge gehabt hätte, der einen Anspruch des Einzelnen begründet.

⁷³ Vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 27.

⁷⁴ Sofern Ansprüche der Eigentümer untereinander in Rede stehen, ist § 21 Abs. 7 WEG-neu nicht einschlägig. Obwohl der Wortlaut insoweit offen ist, folgt aus Systematik und Begründung der Norm, dass es um Zahlungen an die Gemeinschaft geht.

lungen befriedigen möchten. Letztere gehen gem. § 556 b Abs. 1 BGB i.d.R. erst zum dritten Werktag auf dem Vermieterkonto ein.

Zu den „Folgen des Verzuges“ gehört nicht nur die Höhe der Zinsen oder die Einführung einer Vorfälligkeitsklausel, die den Eigentümer bei Säumnis verpflichtet, das gesamte Jahreshausgeld zu entrichten.⁷⁵ Der Gesetzgeber hält darüber hinaus auch Vertragsstrafen für zulässig.⁷⁶ Deren Höhe liegt im Ermessen der Eigentümer, das grundsätzlich nur durch die §§ 138, 242 BGB begrenzt ist. Unterhalb dieser Schwelle stellt sich die Frage, wann ein entsprechender Mehrheitsbeschluss den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht und daher auf Anfechtung hin aufzuheben ist. Auch hier kommt es sehr auf den Einzelfall an. Wegen des im Wohnungseigentumsrecht geltenden Gleichbehandlungsgebots ist Vorsicht jedenfalls bei Regelungen geboten, die einzelne Eigentümer stärker belasten als andere. Derartige Differenzierungen können nur dann rechtmäßig sein, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind, z.B. indem sie an die Höhe des offenen Betrages oder die Länge des Verzuges anknüpfen.

c) Sonderbelastungen. Der zweite von § 21 Abs. 7 WEG-neu aufgegriffene Regelungskomplex befasst sich mit der Zulässigkeit von Beschlüssen, die Zahlungspflichten überhaupt erst begründen sollen. Es geht also nicht um das „Wie“ von Zahlungen, sondern um das „Ob“. Anknüpfungspunkt für etwaige Sonderbelastungen einzelner Eigentümer sind die besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder die Verursachung eines besonderen Verwaltungsaufwandes. Dabei kommt es nicht nur zu gewissen Überlappungen mit der Regelungskompetenz hinsichtlich der „Folgen des Verzuges“, deren Ausgestaltung häufig zumindest auch die (pauschale) Abgeltung zusätzlichen Aufwandes bezweckt. Die in § 21 Abs. 7 WEG-neu vorgesehenen Kriterien können ohne weiteres auch als tauglicher Verteilungsmaßstab i.S.v. § 16 Abs. 3 WEG-neu angesehen werden, weshalb sich die erforderliche Beschlusskompetenz aus beiden Vorschriften ergibt. Dies ist deswegen unschädlich, weil nicht nur die Voraussetzungen (einfacher Mehrheitsbeschluss) identisch sind, sondern auch der Kontrollmaßstab für den Inhalt entsprechender Regelungen. Dass § 21 Abs. 7 WEG-neu den Zusatz „soweit dies ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht“ nicht enthält, bedeutet keine uneingeschränkte Herrschaft der Mehrheit.

Im Mittelpunkt des Interesses steht die Interpretation des Begriffs „besondere“ bzw. „besonderen“. So kann man bzgl. eines besonderen Verwaltungsaufwandes entweder auf den Aufwand abstellen, der gewöhnlich in einer Gemeinschaft anfällt oder man kann auf die gleichmäßige Verursachung durch alle Eigentümer abheben. Während die erstgenannte Sichtweise eher verobjektivierend bzw. generalisierend ist, erscheint die letztgenannte individuell-konkret. Die Unterschiede zeigen sich etwa bei der Verteilung von Entgelten für die Erteilung einer Zustimmung gem. § 12

⁷⁵ Zu den Risiken derartiger Regelungen vgl. auch Häublein, ZWE 2004, 48, 51.

⁷⁶ Vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 27. S. auch Gottschalg (Fn. 67) S. 142: auch Bestimmung von Schadenspauschalen.

WEG.⁷⁷ Derartige Entgelte zählen gewiss zu den Kosten, die „gewöhnlich“ bei der Verwaltung von Wohnungseigentum anfallen, wären also bei entsprechender Sichtweise kein „besonderer“ Aufwand. Dennoch sollten sie dem Verursacher auferlegt werden können, weil sowohl hinter der Öffnung des allgemeinen Verteilungsschlüssels durch § 16 Abs. 3 WEG-neu als auch hinter § 21 Abs. 7 WEG-neu der Gedanke einer möglichen Zuweisung der Kosten zum Verursacher steht. Dies spricht m.E. entscheidend für das hier so genannte individuell-konkrete Begriffsverständnis. Das dürfte sich mit den Intentionen der Regierungsbegründung decken, die als Beispiel für die Kosten einer besonderen Nutzung oder eines besonderen Aufwandes die Einführung einer Umzugskostenpauschale nennt, durch die die Mehrbelastung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rahmen eines Umzugs ausgeglichen werden soll.⁷⁸

Im Einzelnen ist die genaue Bestimmung des Merkmals „besonders“ aber gleichwohl nicht einfach. So ist die „besondere Nutzung“ gegen den „gewöhnlichen Mitgebrauch“ abzugrenzen, der den Eigentümern gem. § 13 Abs. 2 WEG nach Maßgabe der §§ 14, 15 WEG zusteht. Existieren Gemeinschaftsanlagen, deren „gewöhnliche Nutzung“ nicht gleichermaßen im Interesse aller Eigentümer liegt, wird die an einer Nutzung nicht interessierte Mehrheit bestrebt sein, die Kosten auf die Nutzungswilligen abzuwälzen. Während man dies hinsichtlich bestimmter Gemeinschaftseinrichtungen (z.B. Sauna, Schwimmbad) intuitiv für angemessen hält, jedenfalls sofern sich die erhobene „Gebühr“ an den Kosten orientiert, bestehen doch gewisse Zweifel, sofern es etwa um die Benutzung allgemeiner Rasenflächen u. dgl. geht. Können den Eigentümern, die gelegentlich auf dem Rasen mit ihren Kindern spielen oder sich sonst dort aufhalten, gesonderte Kosten auferlegt werden? Weder handelt es sich um einen ausschließlichen Gebrauch durch diese Eigentümer, den man schon wegen der Überschreitung des „Mitgebrauchs“ als „besonders“ bezeichnen könnte, noch kann man die Kosten beziffern, die infolge des Gebrauchs entstehen. Hier bestehen also Bedenken. Als Kompromiss könnte sich der Abschluss eines gesonderten Mietvertrages mit den nutzungswilligen Eigentümern anbieten, der bereits nach bisherigem Recht Gegenstand eines Mehrheitsbeschlusses sein kann.⁷⁹ Die damit verbundene Vereinbarung eines Nutzungsentgelts hat den Vorteil, dass die tatsächlichen Kosten des Gebrauchs nicht ermittelt werden müssen. Der Betrag fließt in die Gemeinschaftskasse und steht zur Unterhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zur Verfügung.

⁷⁷ Bislang sind diese, da der Anspruch des Verwalters aus dem mit der Gemeinschaft bestehenden Vertrag folgt, von der Gemeinschaft aufzubringen und in Ermanglung einer abweichenden Vereinbarung gem. § 16 Abs. 2 WEG auf alle Eigentümer umzulegen; s. nur *Jennißen*, Die Verwalterabrechnung, 5. Aufl., 2004, Abschn. V Rn. 94.

⁷⁸ S. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 27; *Gottschalg* (Fn. 67) S. 142.

⁷⁹ Zur Beschlusskompetenz im Zusammenhang mit der Vermietung von Wohnungseigentum s. BGHZ 144, 386 = NJW 2000, 3211 = NZM 2000, 1010 = ZMR 2000, 845 = ZWE 2001, 21 = ZfIR 2000, 716.

Entsteht ein besonderer Aufwand beim Verwalter, stellt sich die Frage, ob § 21 Abs. 7 WEG-neu unmittelbar die Grundlage dafür schafft, den verursachenden Eigentümer mit einem Sonderentgelt zu belasten. Dies ist nicht der Fall. Voraussetzung für eine Belastung des Einzelnen ist das Entstehen von Kosten beim Verband. Folglich kommt es entscheidend darauf an, ob der Verwalter wegen seiner Mehraufwendungen (z.B. infolge Nichtteilnahme Einzelner am Lastschriftverkehr) einen Anspruch gegen die Gemeinschaft hat, dessen Begründung durch Vereinbarung im Verwaltervertrag also durch die Neuregelung keineswegs obsolet wird.

4. Bauliche Veränderungen und Modernisierungsmaßnahmen gem. § 22 WEG-neu

a) Regelungsgegenstand. Im Unterschied zu den bislang behandelten Beschlusstatbeständen geht es dem Gesetzgeber in § 22 WEG-neu nicht um die Begründung einer neuen Beschlusskompetenz.⁸⁰ Vielmehr ging die h.M. auch nach der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000⁸¹ davon aus, dass u.a. aus der systematischen Stellung von § 22 WEG die Kompetenz folge, im Beschlusswege auch über solche baulichen Maßnahmen befinden zu können, die über die ordnungsmäßige Instandsetzung und Instandhaltung i.S.v. § 21 Abs. 3, Abs. 5 Nr. 2 WEG hinausgehen.⁸² Sofern die Neuregelung also überhaupt auf eine inhaltliche Änderung der geltenden Rechtslage zielt - was nur auf Abs. 2 zutrifft -, geht es um die Frage, ob die Eigentümer einen *rechtmäßigen*, d.h. einer etwaigen Beschlussanfechtung standhaltenden Beschluss fassen können.

Demgegenüber erstrebt der Gesetzgeber durch die Änderung von § 22 Abs. 1 WEG und das Einfügen des neuen Absatzes 3 lediglich Klarstellungen. Zum einen soll verdeutlicht werden, dass die qualifizierten Voraussetzungen eines Modernisierungsbeschlusses gem. § 22 Abs. 2 WEG-neu nicht für die sog. modernisierende Instandsetzung gelten, über die bereits nach alter Rechtslage mit einfacher Stimmenmehrheit rechtmäßig beschlossen werden konnte (vgl. § 22 Abs. 3 WEG-neu). Zum anderen soll die sprachliche Neufassung des Absatzes 1 „Missverständnisse vermeiden“ und „leichter verständlich“ sein. An der bestehenden Rechtslage soll sich, so wird mehrfach betont, nichts ändern.⁸³

Man kann Zweifel haben, ob die Praxis diese Sichtweise des Gesetzgebers teilen oder die Neufassung nicht doch zum Anlass nehmen wird, einer von der geltenden Interpretation abweichenden Auslegung den Vorzug zu geben.⁸⁴ Dabei dürfte es in erster Linie um die Frage gehen, inwieweit eine vorherige Beschlussfassung Voraussetzung für eine rechtmäßige bauliche

⁸⁰ Missverständlich: Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 29 re. Spalte („Erweiterung der Kompetenz“) sowie *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16 (Einführung von Beschlusskompetenz).

⁸¹ S. o. Fn. 2.

⁸² Zur Begründung dieser vom Verf. geteilten h.M. s. *Häublein*, ZWE 2001, 2, 4.

⁸³ S. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 28 f.

⁸⁴ Vgl. dazu etwa die Überlegungen von *Bub*, ZWE 2005, 142, 143 f.

Veränderung ist. Während die bisherige Formulierung es nahe legt, dass ein Beschluss entbehrlich ist, wenn die betroffenen Eigentümer ihre Zustimmung – und sei es formlos außerhalb einer Eigentümerversammlung – erteilt haben, könnte die Neufassung dahin verstanden werden, dass nunmehr ein Beschlusserfordernis besteht. In der Tat ist der Regierungsbegründung zu entnehmen, dass der Gesetzgeber baulichen Veränderungen, mit deren Vornahme die Eigentümerversammlung zuvor niemals befasst war und über die weder der Verwalter noch die anderen Eigentümer informiert wurden, skeptisch gegenüber steht.⁸⁵ Andererseits heißt es aber auch ausdrücklich: „Im äußersten Fall bleibt es deshalb denkbar, dass ein Wohnungseigentümer die bauliche Veränderung ähnlich wie nach geltender Rechtslage allein durchführt“.⁸⁶ Gemeint ist damit der Fall, dass kein Eigentümer einen Nachteil i.S.v. § 14 WEG erleidet. Daraus folgt, dass die Befassung der Eigentümerversammlung keineswegs zur *conditio sine qua non* einer rechtmäßigen baulichen Veränderung erhoben werden soll. Auch sofern einzelne Eigentümer über das Maß des § 14 Nr. 1 WEG hinaus beeinträchtigt werden sollten, sind sachliche Gründe, die dafür sprechen, dass deren Zustimmung nur im Beschlusswege erteilt werden kann, nicht zu erkennen. Der Schutz der betroffenen Eigentümer ist dadurch gewährleistet, dass der an der Änderung interessierte Eigentümer im Zweifel das Vorliegen einer Zustimmung für die konkrete Baumaßnahme nachzuweisen hat. Es liegt daher durchaus im Interesse des Bauwilligen, die Versammlung mit der Sache zu befassen, um später den Nachweis der Rechtmäßigkeit der Maßnahme führen zu können. Daneben bleibt die Zustimmung außerhalb der Versammlung m.E. aber zulässig.

b) Modernisierungsmaßnahmen. Vor allem ältere Wohnanlagen können einen Wertverlust erleiden, weil wirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen infolge Weigerung oder Desinteresse einzelner Eigentümer nicht durchgeführt werden können. Nach bisher geltender Rechtslage bestand eine Anpassungsmöglichkeit nur im Rahmen einer modernisierenden Instandsetzung, die aber einen entsprechenden Instandsetzungsbedarf voraussetzt und daher nur im Zusammenhang mit der Reparatur einer bereits bestehenden Gemeinschaftseinrichtung oder –anlage zulässig ist. Jenseits dieses engen Bereichs hatten überstimmte Eigentümer mit einer Beschlussanfechtung bereits aus formalen Gründen Erfolg. Ob die Maßnahme aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und gegenüber sinnvollen Neuerungen aufgeschlossenen Eigentümers sinnvoll erschien, spielte insofern keine Rolle. Das will der Gesetzgeber ändern.⁸⁷ Ein Anspruch des Einzelnen auf Durchführung einer Maßnahme gem. § 22 Abs. 2 WEG-neu ist aber – im Unterschied zu Instandhaltungsmaßnahmen, für die § 21 Abs. 4 WEG gilt – grundsätzlich nicht vorgesehen.⁸⁸

⁸⁵ Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 28 re. Spalte oben.

⁸⁶ A.a.O. S. 29 li. Spalte.

⁸⁷ Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 30 re. Spalte oben: sinnvolle Maßnahme genügt.

⁸⁸ Ebenda S. 31 f. Davon zu unterscheiden ist der Anspruch auf Erteilung einer Zustimmung i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG, der im Einzelfall bestehen kann, wenn die (grundrechtlich) geschützten Belange eines Eigentümers die der Miteigentümer ausnahmsweise überwie-

Eine rechtmäßige Mehrheitsentscheidung ist unter doppelt qualifizierter Mehrheitsvoraussetzung (s. dazu II. 3) künftig in zwei Fällen möglich. Beide werden gegen abweichende Vereinbarungen abgesichert (s. § 22 Abs. 2 S. 2 WEG-neu).

Zugelassen sind künftig Beschlüsse, die der Modernisierung i.S.v. § 559 BGB dienen. Erfasst sind damit Maßnahmen die

- den Gebrauchswert nachhaltig erhöhen,
- die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder
- nachhaltig Einsparungen von Energie oder Wasser bewirken.

Darüber hinaus lässt der Gesetzgeber eine Anpassung an den „Stand der Technik“ zu. Damit trägt er der unterschiedlichen Ausgangslage (s. dazu bereits oben III. 2b) im Wohnungseigentums- und Mietrecht Rechnung; denn dem Wohnungseigentümer kommen letztlich auch solche Veränderungen zugute, deren Vorteile im Mietrecht nur den Vermieter treffen.⁸⁹

Der Verweis auf das Mietrecht führt auch hier zu Interpretationsbedarf. So ist für die Ermittlung der Gebrauchswertenerhöhung, die im Allgemeinen weit verstanden wird, der vertragsgemäße Gebrauch (§ 535 BGB) maßgebend.⁹⁰ Für das Wohnungseigentumsrecht existiert ein solcher nicht, weshalb es wohl auf den sich aus der Gemeinschaftsordnung, hilfsweise der Natur der Anlage ergebenden bestimmungsgemäßen Gebrauch ankommt. Das Merkmal der nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts überschneidet sich, sofern es sich um ein Wohnhaus handelt, erheblich mit dem zweiten Modernisierungsgrund, nämlich der dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse. Die eigenständige Bedeutung dieser Variante wird daher als gering eingestuft.⁹¹ Die in der Begründung zur WEG-Novelle ausdrücklich genannten Beispiele (Einbau eines Fahrstuhls und Einrichtung einer Gegensprechanlage) können ohne weiteres beiden Modalitäten zugeordnet werden.⁹² Bei der Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen ist in beiden Fällen ein objektiver Maßstab anzulegen.⁹³

Auch bei der dritten in § 559 BGB geregelten Fallgruppe, der nachhaltigen Einsparung von Energie und Wasser, ist die Situation eine andere als im

gen. Der Gesetzgeber nennt hier insbesondere Baumaßnahmen für einen barrierefreien Zugang; s. dazu auch *Derleder*, ZWE 2004, 118, 124 ff.

⁸⁹ So ausdrücklich die Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 30.

⁹⁰ Vgl. nur *Artz* in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 559 Rn. 14; *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer (Fn. 51) § 559 Rn. 60; *Emmerich* in: Staudinger, 13. Bearb., 2006, § 559 Rn. 22.

⁹¹ S. *Artz*, ebenda, Rn. 16; *Börstinghaus*, ebenda, Rn. 64; *Emmerich*, ebenda, Rn. 28

⁹² Sofern im Mietrecht vor allem die Anlage und der Ausbau nicht öffentlicher Gemeinschaftsanlagen (z.B. Kinderspielplatz, Grünanlagen) oder Außenmodernisierungen als Maßnahmen zur Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse angesehen werden (vgl. die Nachw. i. d. vorh. Fn.), erhöhen derartige Maßnahmen regelmäßig entweder den Gebrauchswert der Immobilie oder gehören im Bereich des WEG bereits in den Bereich des § 21 Abs. 3 WEG.

⁹³ Statt vieler: *Artz* (Fn. 90) Rn. 14; *Emmerich* (Fn. 90) Rn. 29.

Mietrecht. Die dort unter dem „Gebot der Wirtschaftlichkeit“ diskutierten Grenzen der Duldungs- bzw. Kostentragungspflicht des Mieters können nicht ohne weiteres auf das WEG übertragen werden.⁹⁴ Da sich die Maßnahme regelmäßig zumindest werterhöhend für den Eigentümer auswirkt, können ihm auch Belastungen zugemutet werden, die einem temporären Nutzer nicht auferlegt werden dürfen. Andererseits muss der einzelne Wohnungseigentümer die Chance haben, sich gegen unwirtschaftliche Maßnahmen zu wehren. Nach hier vertretener Ansicht ist daher – wie bei der modernisierenden Instandsetzung – eine langfristige Rentabilitätsprognose (über ca. 10 Jahre⁹⁵) anzustellen.⁹⁶ Wegen der qualifizierten Mehrheitserfordernisse, die für sich genommen bereits einen gewissen Schutz bewirken, kann dabei m.E. im Zweifel sogar großzügiger verfahren und ein längerer Zeitraum für die Amortisation zugelassen werden.

Die Variante „Anpassung des gemeinschaftlichen Eigentums an den Stand der Technik“ dient der Erweiterung des mietrechtlich geprägten Modernisierungsbegriffs. Gemeint ist das Niveau einer anerkannten und in der Praxis bewährten, fortschrittlichen technischen Entwicklung.⁹⁷ Der Begriff geht über die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ hinaus und grenzt sich damit bewusst von § 641a Abs. 3 S. 4 BGB ab,⁹⁸ bleibt aber hinter dem „Stand der Wissenschaft“ zurück.

c) Einschränkungen der Mehrheitsmacht. Der Gesetzgeber schützt die Belange der Minderheit zum einen durch die qualifizierten Mehrheitserfordernisse und zum anderen, indem er die Mehrheitsmacht in zwei Richtungen eingrenzt: Die konkrete Maßnahme darf nicht die Eigenart der Wohnanlage verändern und keinen Eigentümer gegenüber anderen unbillig benachteiligen. „Eingrenzung der Mehrheitsmacht“ bedeutet nicht, dass es der Mehrheit insofern an der Kompetenz zur Beschlussfassung fehlt (s. bereits unter a). Beschlüsse, die gegen diese Beschränkungen verstoßen werden nach Ablauf der Anfechtungsfrist bestandskräftig.

Mit Erfolg können bspw. Beschlüsse angefochten werden, durch die ein Haus „einfacher Wohnqualität“ in einen weit überdurchschnittlichen Zustand versetzt werden soll („Luxusmodernisierung“). Eine Umgestaltung der Eigenart der Wohnanlage kann aber auch in der Aufstockung oder dem Abriss eines Gebäudeteils liegen. Dabei wird es aber – wie auch beim

⁹⁴ Zum Streitstand *Börstinghaus* (Fn. 90) Rn. 78 ff. und *Emmerich* (Fn. 90) Rn. 34 f. Gegen eine Begrenzung durch das Wirtschaftlichkeitsgebot aber BGH NJW 2004, 1738 = ZMR 2004, 424, der den Mieter durch § 554 Abs. 2 S. 2 BGB hinreichend geschützt sieht.

⁹⁵ So etwa KG ZMR 2003, 600 = ZWE 2004, 281.

⁹⁶ Für die Anlehnung spricht, dass der Gesetzgeber entgegen dem Referentenentwurf davon ausgeht, dass die Modernisierungsmaßnahme schon dann beschlossen werden kann, wenn sie der Erreichung der normierten Ziele „dient“; die ursprüngliche Formulierung („geboten sein“) wurde unter ausdrücklichem Hinweis darauf aufgegeben, dass die Anforderungen nicht höher sein sollen als bei der modernisierenden Instandsetzung; Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 30 re. Spalte oben.

⁹⁷ Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 30 li. Spalte mittig, unter Hinw. auf BGHZ 157, 322.

⁹⁸ Der Gesetzgeber (ebenda) hält ein „höheres Anforderungsniveau“ expressis verbis für sinnvoll, um Streit zu vermeiden. Krit. dazu *Bub*, ZWE 2005, 142, 144.

Anbau eines Wintergartens, den die Regierungsbegründung⁹⁹ ebenfalls nennt – in besonderer Weise auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Während die Eigenart der Wohnanlage in manchen Fällen bereits durch das Fällen eines besonders signifikanten Baums beeinträchtigt sein kann, ist in anderen Fällen nicht einmal der Abriss eines Gebäudes von derart nachhaltiger Wirkung. Entsprechendes gilt für Maßnahmen, die das optische Erscheinungsbild nachteilig verändern.

Mit dieser Einschränkung versucht der Gesetzgeber das Vertrauen des einzelnen Eigentümers „auf den wesentlichen inneren und äußeren Bestand der Eigentumsanlage, das in der Regel Grundlage seiner Entscheidung für den Erwerb der Wohnung war“, zu schützen.¹⁰⁰ Bislang haben die Gerichte ein großzügiges, die Minderheit schützendes Verständnis an den Tag gelegt. Jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung, durch die sich ein Eigentümer bei objektiver, an der Verkehrsanschauung orientierter Betrachtung verständlicher Weise beeinträchtigt fühlen konnte, genügte, um das Zustimmungserfordernis zu begründen.¹⁰¹ Modernisierungsmaßnahmen, die Auswirkungen auf das äußere Erscheinungsbild der Anlage haben, würden damit in einer Vielzahl der Fälle wie bisher ausscheiden. Die Gesetzesbegründung scheint hier nicht ganz frei von Widersprüchen, wenn einerseits der Einbau eines Fahrstuhls als Modernisierungsmaßnahme genannt und andererseits betont wird, ein „uneinheitlicher Gesamteindruck“ dürfe nicht entstehen bzw. die „Symmetrie des Hauses“ nicht gestört werden. Dies wird viele Eigentümer etwas an den Versuch einer Quadratur des Kreises¹⁰² erinnern und den Gerichten den Weg nur bedingt weisen können. Nach hier vertretener Ansicht dürfte eine – aus Sicht der veränderungswilligen Mehrheit – großzügigere Linie geboten sein. Wenn verhindert werden soll, dass der Einzelne durchaus sinnvolle Modernisierungsmaßnahmen¹⁰³ durch sein Veto zu Fall bringen kann, muss der Begriff „Eigenart der Wohnanlage“ enger verstanden werden als jede nicht ganz unerhebliche Veränderung des optischen Gesamteindrucks, durch die sich ein Eigentümer verständlicher Weise beeinträchtigt fühlen darf.¹⁰⁴

Daneben schützt das Gesetz, wie gesagt, auch vor „unbilligen Beeinträchtigungen“. Damit wird ein zur Änderung der Gemeinschaftsordnung entwickeltes Kriterium (s. hierzu oben III. 2d) aufgegriffen und an die Stelle des ursprünglich vorgesehenen Begriffs der „erheblichen Beeinträchtigung“ gesetzt. Hierzu heißt es in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses: *„Die im Regierungsentwurf zur Beschränkung der Mehrheitsmacht für Modernisierungen vorgesehene Formulierung, die Maßnahme*

⁹⁹ Fn. 1, S. 30 re. Spalte mittig.

¹⁰⁰ Vgl. vorh. Fn.

¹⁰¹ Statt aller s. nur *Drabek*, *Anwaltshandbuch* (Fn. 8), Teil 9 Rn. 517 m.N.

¹⁰² Denn in den allermeisten Fällen wird gerade der Anbau eines Fahrstuhls nicht ohne Eingriff in das optische Erscheinungsbild des Gebäudes von statten gehen.

¹⁰³ Zur Neuerrichtung einer Solaranlage s. bspw. OLG München ZMR 2006, 68.

¹⁰⁴ Dafür sprechen auch die Ausführungen in der Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 30 re. Spalte unten, wo das Kriterium der „nicht ganz unerheblichen Beeinträchtigung“ verworfen wird.

dürfe keinen Wohnungseigentümer „erheblich“ beeinträchtigen, könnte zu einem Missverständnis führen. Das Merkmal könnte dahin verstanden werden, eine hinzunehmende Beeinträchtigung sei mehr nach objektiven und weniger nach subjektiven (personenbezogenen) Gesichtspunkten zu bewerten. Dies harmonierte nicht mit dem Erfordernis einer angemessenen Gewichtung aller Umstände des Einzelfalles. Deshalb wird auf das Merkmal der Unbilligkeit abgestellt.“¹⁰⁵

Unter Berücksichtigung der individuellen Auswirkungen auf den Einzelnen ist dessen „unbillige Benachteiligung“ durch Abwägung mit den Interessen der Mehrheit einerseits und im Vergleich zur Belastung anderer Eigentümer andererseits zu ermitteln. Je gewichtiger das Interesse der Mehrheit an der Durchführung der Maßnahme ist, desto eher muss der Einzelne Nachteile in Kauf nehmen, was bedeutet, dass diese nicht unbillig sind. Umstände, die zwangsläufig mit Modernisierungen verbunden sind,¹⁰⁶ sollen für sich genommen grundsätzlich nicht genügen. Auch eine finanzielle Mehrbelastung hat der Einzelne grundsätzlich hinzunehmen.¹⁰⁷ Die hohe Hürde für die Beachtlichkeit finanzieller Auswirkungen steht in bemerkenswertem Kontrast zum Schutz vor äußerlichen Beeinträchtigungen des Gebäudes.¹⁰⁸ Viel spricht dafür, die beiden Extreme bei der Rechtsanwendung aufeinander zu bewegen und finanzielle Härten auch unterhalb der Schwelle wirtschaftlichen Verkaufszwanges anzuerkennen.

5. Kostentragung bei Instandhaltung und Instandsetzung sowie baulicher Veränderung gem. § 16 Abs. 4 WEG-neu

a) Regelungsanliegen und –gegenstand. § 16 Abs. 4 WEG-neu soll eine Beschlusskompetenz für die Verteilung von Kosten in zwei Fällen begründen. Es handelt sich einerseits um Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung i.S.v. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG sowie andererseits um bauliche Veränderungen und Aufwendungen, die über eine ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung hinausgehen, gem. § 22 Abs. 1 und Abs. 2 WEG-neu. In diesen Fällen beschließen die Eigentümer häufig zusammen mit der Baumaßnahme auch über deren Finanzierung und die Verteilung der Kosten auf die Eigentümer. Da die Kostenverteilung jedoch gesetzlich geregelt ist (nämlich in § 16 Abs. 2 und 3 WEG bzw. § 16 Abs. 6 WEG-neu), bestanden nach der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000¹⁰⁹ erhebliche Wirksamkeitsbedenken gegen derartige abwei-

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3843 S. 50.

¹⁰⁶ Die Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 31 li. Spalte oben nennt etwa erhöhte Wartungs- und Reparaturanfälligkeit oder die Kompliziertheit neuer technischer Anlagen.

¹⁰⁷ Eine Grenze sieht die Regierungsbegründung (ebenda) dort erreicht, wo der Einzelne „wegen der Kosten von Modernisierungsmaßnahmen gezwungen würde, sein Wohnungseigentum zu veräußern“.

¹⁰⁸ Hier soll bereits die Entstehung eines „uneinheitlichen Gesamteindrucks“, z.B. infolge uneinheitlicher Balkonverglasung, der Mehrheitsmacht Grenzen setzen; s. Fn. 1, S. 30.

¹⁰⁹ Fn. 2.

chende Kostenverteilungen.¹¹⁰ Dadurch stand letztlich die Wirksamkeit des gesamten Beschlusses in Frage, da grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass die Eigentümer die Maßnahme auch mit abweichender Kostenverteilung beschlossen haben würden (§ 139 BGB).

Um diese Bedenken zu beseitigen bzw. den Eigentümern eine aus deren Sicht angemessene Verteilung der Kosten (wieder) zu ermöglichen, normiert der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich die Beschlusskompetenz für die Kostenverteilung. Sie kann gem. § 16 Abs. 5 WEG-neu durch Vereinbarung weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden (s. dazu bereits II. 1). Außerdem stellt § 16 Abs. 6 S. 2 WEG-neu ausdrücklich klar, dass auch die Kostenfreistellung nicht zustimmender Eigentümer (s. § 16 Abs. 6 S. 1 WEG-neu) zur Disposition der doppelt qualifizierten Mehrheit steht.

b) Umfang der Beschlusskompetenz. Während die in § 16 Abs. 3 oder § 22 Abs. 2 WEG-neu im Einzelnen normierten Beschränkungen der Mehrheitsmacht nur die Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses betreffen, d.h. dessen Bestandskraft nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht in Frage stellen,¹¹¹ kommt dem Tatbestandsmerkmal „im Einzelfall“ weitergehende Bedeutung zu. Es handelt sich bei dem Einzelfallerfordernis nach dem Willen des Gesetzgebers um eine Voraussetzung für das Bestehen von Beschlusskompetenz.¹¹² Generelle Regelungen sind daher - weil gesetzes- bzw. vereinbarungsändernd - nichtig.

Beispiel: Die Eigentümer in einer Mehrhausanlage können nicht wirksam beschließen, dass die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung künftig nach Häusern verteilt werden. Wohl aber können sie die Kosten einer konkreten Maßnahme den Eigentümern des Hauses zuweisen, an dem die Maßnahme vorgenommen wird.

Der Abgrenzung des Merkmals „im Einzelfall“ kommt daher besondere Bedeutung zu. Der Gesetzgeber bezieht sich insoweit auf die Rechtsprechung, die nach der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000 teilweise eine abweichende Kostenverteilung als zulässig ansah, weil und insoweit sie sich auf den Einzelfall bezog. Allerdings ist dieses Kriterium bislang nicht besonders scharf herausgearbeitet worden.¹¹³ Die Auslegung muss letztlich schutzzweckspezifisch erfolgen, was für eine restriktive Interpretation spricht. Der Gesetzgeber hat die Kompetenz deswegen auf den Einzelfall

¹¹⁰ Vgl. *Merle*, ZWE 2001, 342, 344; *Wenzel*, ZWE 2001, 226, 236; vgl. aber auch *Häublein*, NJW 2005, 1466, 1469 f. (zu § 16 Abs. 3 WEG).

¹¹¹ S. dazu bereits oben III. 2d und 4c.

¹¹² Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 24.

¹¹³ Dies hängt u.a. damit zusammen, dass es für die Abgrenzung der vereinbarungswidrigen von den vereinbarungs- bzw. gesetzesändernden Beschlüssen nur bedingt taugte. S. hierzu *Merle* und *Wenzel* (jewe. Fn. 110). Das von dieser Gegenansicht befürwortete Kriterium, nämlich die über den konkreten Beschluss hinausgehende Festlegung eines Verteilungsmaßstabes für künftige Abrechnungen, taugt für § 16 Abs. 4 WEG-neu allerdings bereits deswegen nicht, weil diese Wirkung gerade das Ziel des jeweiligen Beschlusses ist, dessen Wirksamkeit das Anliegen des Gesetzgebers darstellt.

beschränkt und sie damit bewusst von § 16 Abs. 3 WEG-neu abgehoben, weil der Eigentümer von einer einzelnen Regelung weniger stark betroffen wird und die nachteiligen Auswirkungen einer abweichenden Kostenverteilung leichter erkennen kann.¹¹⁴ Beschlüsse, die weit in die Zukunft weisende Folgen haben, stehen dazu im Widerspruch.

Im Grundsatz besteht Beschlusskompetenz daher nur in Bezug auf eine konkrete Instandhaltungsmaßnahme, die für sich zu betrachten ist.¹¹⁵ Eine Regelung, die sämtliche künftige Maßnahmen bzgl. eines einzelnen Gegenstands des gemeinschaftlichen Eigentums betrifft, regelt dagegen eine bestimmte Gruppe von Maßnahmen. Es verbietet sich daher, den Einzelfall an einem bestimmten Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums festzumachen. Die Eigentümer können bspw. nicht über sämtliche künftige Instandhaltungskosten bzgl. ihres Fahrstuhls wirksam beschließen.

Die scheinbar klaren Grenzen geraten beträchtlich ins Wanken, wenn man den Beschluss über die Tragung künftiger Instandhaltungskosten in den Kontext einer baulichen Veränderung einbindet. Beschließen die Eigentümer etwa den Einbau eines Fahrstuhls und legen zugleich fest, dass sowohl die Kosten der Baumaßnahme als auch die der künftigen Instandhaltung/-setzung des Aufzugs nach einem bestimmten, vom allgemein geltenden Verteilungsschlüssel abweichenden Maßstab¹¹⁶ umzulegen sind, kann man jedenfalls in der baulichen Veränderung ohne weiteres einen Einzelfall sehen. Gilt dies aber auch für die Folgekosten? Für eine solche Sichtweise lässt sich die zu § 16 Abs. 3 WEG ergangene Rechtsprechung¹¹⁷ anführen, nach der für die Folgekosten das Gleiche zu gelten hat, wie für die Kosten der baulichen Veränderung selbst. Außerdem folgt aus § 16 Abs. 6 S. 2 WEG-neu, dass der Gesetzgeber davon ausging, die Regelung in Satz 1 (die § 16 Abs. 3 WEG entspricht) könne durch einen Beschluss gem. § 16 Abs. 4 WEG-neu modifiziert werden. Anhaltspunkte dafür, dass dabei die Folgekosten ausgeschlossen werden sollten, gibt es nicht. Die Gründe für die auf den ersten Blick wenig plausible unterschiedliche Behandlung scheinbar gleich gelagerter Fälle (isolierte Verteilung der Instandhaltungskosten für den Fahrstuhl bzw. Verteilung im Zusammenhang mit seiner Errichtung) werden dann ein wenig aufgeheilt, wenn man sich vor Augen führt, dass bereits aus § 16 Abs. 6 S. 1 WEG-neu (bzw. § 16 Abs. 3 WEG) eine vom allgemeinen Schlüssel abweichende Verteilung

¹¹⁴ S. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 24 li. Spalte.

¹¹⁵ Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber davon ausging, „dass die Entscheidung über die Maßnahme und jene über den anzuwendenden Kostenverteilungsschlüssel in der Praxis einheitlich getroffen wird.“; s. Regierungsbegründung (Fn. 1) S. 25 re. Spalte oben. Er hatte also die Situation einer Beschlussfassung über eine konkrete erforderliche Instandhaltungsmaßnahme vor Augen.

¹¹⁶ In der Praxis variieren derartige Regelungen zwischen einer gleichmäßigen Verteilung, über eine Befreiung der Eigentümer im Erdgeschoss, bis hin zu einer Abstufung nach Stockwerken, wobei die Eigentümer der oben gelegenen Wohnungen den höchsten Anteil zu tragen haben, da sie den Aufzug mutmaßlich am meisten nutzen werden.

¹¹⁷ BGHZ 116, 392, 397 = NJW 1992, 978 = ZMR 1992, 167; *Merle* (Fn. 32) § 22 Rn. 254.

der Instandhaltungskosten folgt;¹¹⁸ hier liegt letztlich der Grund für die Divergenz.

Als gesichert kann gelten, dass die übrigen Einschränkungen der Mehrheitsmacht¹¹⁹ nur die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung betreffen und damit allenfalls zur Anfechtbarkeit führen. Hier gilt nichts anderes wie für das Nichterreichen des Quorums (s.o. II. 3).

c) Bewertung der Neuregelung. Die Einbeziehung der Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten in § 16 Abs. 4 WEG-neu dürfte sich als streitanfällig erweisen. Für die Rechtsanwendung wäre es einfacher gewesen, wenn diese Kosten stattdessen in § 16 Abs. 3 WEG-neu aufgenommen worden wären. So würde nicht nur dem Erfordernis einer Abgrenzung zu den Betriebskosten (s.o. III. 2b) die Spitze genommen, sondern auch die Grenzen des Begriffs „im Einzelfall“ wären von weitaus geringerer praktischer Bedeutung.¹²⁰

Dass der Gesetzgeber einen anderen Weg beschritten hat, zeigt deutlich den Kompromisscharakter der Regelungen in § 16 Abs. 3 und 4 WEG-neu. Es handelt sich rechtspolitisch um eine der umstrittensten Neuerungen; denn gerade die Kostenverteilung ist ein konflikträchtiger Punkt, deren Änderung für die Eigentümer besonders wichtig ist und auf den Erwerber von Wohnungseigentum nicht selten achten. Es kommt daher nicht von ungefähr, dass diejenigen, die sich für eine Aufnahme des doppelt qualifizierten Mehrheitserfordernisses in § 16 Abs. 4 WEG-neu ausgesprochen und den Gesetzgeber damit letztlich beeinflusst haben,¹²¹ einer Abänderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Mehrheitsbeschlüsse insgesamt ablehnend gegenüber stehen.¹²² Die nunmehr Gesetz gewordene Regelung beruht auf der vertretbaren, wenngleich nicht unbedingt zwingenden Wertung, dass der Einzelne durch die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten stärker belastet wird als durch die laufenden Betriebskosten der Anlage. Erst die Zahl zukünftiger Gerichtsverfahren wird zeigen, wie hoch der Preis dieses Kompromisses tatsächlich ist.

¹¹⁸ Vgl. dazu und den Auswirkungen auf die Beschlusskompetenz *Häublein* (Fn. 110).

¹¹⁹ Insbesondere muss der Maßstab dem Gebrauch bzw. der Möglichkeit hierzu Rechnung tragen. Zu diesen Einschränkungen vgl. *Armbrüster*, ZWE 2005, 139, 140.

¹²⁰ Dass dieser geradezu zwingend zu komplizierten Abgrenzungen nötigt, zeigt exemplarisch § 35 VwVfG; vgl. etwa *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl., 2005, § 35 Rn. 68 ff.; *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 35 Rn. 82 ff.

¹²¹ S. *Armbrüster* (Fn. 119); der Referentenentwurf vom 1.10.2004 (NZM 2004, 924, 925 = Beilage zu ZMR Heft 11/2004) sah noch einen einfachen Mehrheitsbeschluss vor.

¹²² S. *Armbrüster*, DNotZ 2003, 493, 496 ff. und AnwBl 2005, 16, 17.