

Bauliche Veränderungen – eine Herausforderung für den Verwalter

- Verhaltenstipps, auch mit Blick auf die in der WEG-Novelle vorgesehenen Änderungen -

*Prof. Dr. Martin Häublein
Freie Universität Berlin*

Gliederung

I. Geltende Rechtslage

1. Begriff der baulichen Veränderung und seine Abgrenzung von sonstigen Baumaßnahmen
2. Rechtmäßigkeitvoraussetzungen für bauliche Veränderungen
 - a) Die Rechtslage gem. § 22 Abs. 1 WEG
 - b) Modifizierungen in der Gemeinschaftsordnung
3. Die Verteilung der Kosten für bauliche Veränderungen
 - a) Die Rechtslage gem. § 16 Abs. 3 WEG
 - b) Modifizierungen durch die Wohnungseigentümergeinschaft

II. Geplante Änderungen

1. Rechtmäßigkeitvoraussetzungen für bauliche Veränderungen - § 22 Abs. 1 WEG-E: Alter Wein in neuen Schläuchen oder neues Recht?
 - a) Der Eigentümerbeschluss als Rechtmäßigkeitvoraussetzung der Baumaßnahme
 - b) Der Eigentümerbeschluss als „Rechtfertigungsgrund“ für die Baumaßnahme
2. Die Neuregelung für Modernisierungsmaßnahmen
 - a) § 22 Abs. 2 WEG-E und die Bezugnahme auf § 559 BGB
 - b) Abgrenzung zur modernisierenden Instandsetzung - § 21 Abs. 3 WEG-E
3. Die Verteilung der Kosten für bauliche Veränderungen
 - a) § 16 Abs. 4 WEG-E – Erweiterung oder Beschränkung der Beschlusskompetenz?
 - b) Auswirkungen des § 16 Abs. 4 S. 2 WEG-E auf die Bestandskraft des Kostenverteilungsbeschlusses

I. Geltende Rechtslage

1. Der Begriff der baulichen Veränderung

„Bauliche Veränderung ist jede nicht nur vorübergehende gegenständliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums, durch die vom Zustand bei Entstehung des Wohnungseigentums oder einer früheren zulässigen baulichen Veränderung abgewichen wird.“ (vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 13.2.2001, ZWE 2002, 136)

„Maßnahmen der Instandsetzung und Instandhaltung sind darauf gerichtet, den Zustand des gemeinschaftlichen Eigentums zu erhalten bzw. wiederherzustellen. Auch die erstmalige Herstellung eines mangelfreien Zustandes gehört hierher.“

Im Einzelfall kann die Abgrenzung schwierig sein. Einige Beispiele, bei denen die Rechtsprechung überwiegend eine bauliche Veränderung verneint:

- modernisierende Instandsetzung
- die Mängelbeseitigung im Rahmen der Erstherstellung
- die Fertigstellung des „steckengebliebenen Baus“
- Pflege/Umgestaltung von Außenanlagen
- Einbau von Kaltwasserzählern

2. Bauliche Veränderungen am gemeinschaftlichen Eigentum werfen in der Regel größere Probleme auf als Instandsetzungsmaßnahmen. Zum einen muss der Verwalter bei baulichen Veränderungen prüfen, auf wessen Zustimmung es bei der Abstimmung in der Versammlung überhaupt ankommt. Zum anderen muss er sich im Hinblick auf § 16 Abs. 3 WEG Gedanken über die Kostenverteilung machen (namentliche Abstimmung!). Aus diesem Grund wird in Rechtsprechung und Schrifttum lebhaft über die sog. „modernisierende Instandsetzung“ debattiert. Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet die Erkenntnis, dass § 21 Abs. 3 WEG die Eigentümer im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung nicht darauf beschränkt, bei notwendigen Erhaltungs- und Erneuerungsarbeiten genau den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.

Die Abgrenzung ist für folgende Fragen besonders relevant:

- das Mehrheitserfordernis des § 21 Abs. 3 WEG im Vergleich zur Regelung des § 22 Abs. 1 WEG
- die Kostenverteilung des § 16 Abs. 2 WEG im Vergleich zu der des § 16 Abs. 3 WEG
- die Aufgaben des Verwalters gem. § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG
Im Rahmen der **modernisierenden Instandsetzung** wird nicht lediglich der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt, sondern

dieser wird dem veränderten Stand der Technik angepasst. Nach ganz herrschender Meinung können die Eigentümer im Rahmen der modernisierenden Instandsetzung mehrheitlich beschließen und die Kosten sind gem. § 16 Abs. 2 WEG unter allen Eigentümern zu verteilen. Für den Verwalter lautet die entscheidende Frage damit, wann er davon ausgehen kann, dass eine beabsichtigte Baumaßnahme (noch) „modernisierende Instandsetzung“ ist und nicht bereits eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums darstellt.

Im Ergebnis ist darauf abzustellen, ob es sich bei der geplanten Maßnahme im Vergleich zur bloßen Instandsetzung um die technisch bessere und wirtschaftlich sinnvollere Lösung handelt. Kommen mehrere gleichermaßen Erfolg versprechende Maßnahmen in Betracht, hat die Eigentümergemeinschaft einen Ermessensspielraum.¹ Folgende Kriterien sind zu beachten:

- Handelt es sich überhaupt um eine Instandsetzung oder ist eine neue Gemeinschaftsanlage geplant (z.B. Fahrstuhlneubau)? Ist letzteres der Fall, dann handelt es sich nicht um eine modernisierende Instandsetzung.
- Ist die bestehende Gemeinschaftsanlage überhaupt (in absehbarer Zeit) instandsetzungsbedürftig? Falls nicht, handelt es sich ebenfalls nicht um eine modernisierende Instandsetzung.
- Welche Vor- und Nachteile bringt die Maßnahme für die Eigentümer mit sich? Bei der gebotenen Abwägung ist der Maßstab eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Eigentümers anzulegen. Vermeidbare Nachteile zu Lasten einzelner Eigentümer sind ggf. durch eine veränderte Ausführung zu vermeiden.
- Entsprechen die geplanten Baumaßnahmen tatsächlich dem gegenwärtigen Stand der Technik? Hier können insbesondere DIN-Normen ein wichtiger Anhaltspunkt sein. Im Zweifel ist ein Sachverständiger einzubeziehen.
- Stehen wirtschaftlicher Erfolg und Aufwand der modernisierenden Instandsetzung in einem vertretbaren Verhältnis (sog. Kosten-Nutzen-Analyse)?² Hier wird der Verwalter regelmäßig „Zahlenmaterial“ einholen müssen. Zu beachten ist jedoch, dass das BayObLG³ eine derartige Analyse dann für entbehrlich hält, wenn die geplante Baumaßnahme notwendig ist, um geänderten gesetzlichen Regelungen Rechnung zu tragen (z.B. WärmeschutzVO; Pflicht zum Einbau von Kaltwasserzählern gem. Hamburger BauO).

3. Kostenverteilung bei baulichen Veränderungen

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.4.2000, ZWE 2001, 37 (38).

² Instruktiv OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.10.1997, ZMR 1998, 185 (186).

³ Beschl. v. 25.09.2001, ZWE 2002, 222 (224).

Die Ausgangsvorschrift ist § 16 Abs. 3 WEG, der als § 16 Abs. 6 Satz 1 die Novellierung „überleben“ wird und unter II. wiedergegeben ist. Allerdings wird von dieser Vorschrift in der Praxis häufig abgewichen. Dies geschieht meistens durch Mehrheitsbeschluss, weshalb die Frage aufgekomen ist, ob ein derartiger Beschluss, der die gesetzliche Regelung gleichsam verdrängen soll, überhaupt wirksam ist. Die folgenden beiden Aussagen sind zwar nicht unbestritten, entsprechen aber der

Rechtsprechungspraxis:

- Die Entscheidung des BGH vom 20.9.2000 steht einem Eigentümerbeschluss nur insofern entgegen, als durch diesen die Regel des § 16 Abs. 3 WEG für zukünftige Baumaßnahmen außer Kraft gesetzt werden soll. Im Zusammenhang mit einer konkreten Baumaßnahme jedoch können die Eigentümer auch über deren Finanzierung (z.B. aus der Instandhaltungsrückstellung) beschließen. Dies ist infolge der fehlenden Schutzbedürftigkeit von Sondernachfolgern sachgerecht, weil diese weder die (fehlende) Zustimmung ihres Rechtsvorgängers noch den Gegenstand der baulichen Veränderung aus dem Grundbuch ersehen können, insofern also allein aus der gesetzlichen Regel des § 16 Abs. 3 WEG nichts für sich herleiten können.
- Es ist nicht Aufgabe des Verwalters, vor Feststellung des Beschlussergebnisses die Ordnungsmäßigkeit der beschlossenen Maßnahme zu prüfen. Nichts anderes kann für die Überschreitung der Grenze zwischen § 21 Abs. 3 und § 22 Abs. 1 WEG gelten. Dort, wo der BGH auch nach dem 20.9.2000 eine Beschlusskompetenz anerkennt - wozu auch Maßnahmen i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG zählen - liegt die Anfechtungslast nach den Wertungen des WEG bei der überstimmten Minderheit.

Ausnahme: Sieht die Teilungserklärung ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis für Beschlüsse über bauliche Veränderungen vor, so ist ein Beschluss aber dann nicht zustande gekommen, wenn die erforderliche Mehrheit verfehlt wird.⁴

⁴ Näher hierzu: Häublein, NJW 2005, 1466

II. Geplante Änderungen

Sachstand

Der Gesetzesentwurf zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes, der vom Bundeskabinett am 25. 5. 2005 beschlossen wurde (veröffentlicht als Bundesratsdrucksache 397/05 vom 27. 5. 2005 – die folgenden Zitate aus der Regierungsbegründung beziehen sich hierauf) sieht in Bezug auf bauliche Veränderungen folgende Modifizierungen des geltenden Rechts vor:

§ 16 Abs. 4 – 6 WEG-E:

„(4) ⁽¹⁾Die Wohnungseigentümer können im Einzelfall zur Instandhaltung oder Instandsetzung nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 oder zu baulichen Veränderungen oder Aufwendungen im Sinne von § 22 Abs. 1 und 2 durch Beschluss die Kostenverteilung abweichend von Absatz 2 regeln, wenn der abweichende Maßstab dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs durch die Wohnungseigentümer Rechnung trägt. ⁽²⁾Der Beschluss zur Regelung der Kostenverteilung nach Satz 1 bedarf einer Mehrheit von mehr als drei Viertel aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer im Sinne des § 25 Abs. 2 und mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile.

(5) Die Befugnisse im Sinne der Absätze 3 und 4 können durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

(6) ⁽¹⁾Ein Wohnungseigentümer, der einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1 nicht zugestimmt hat, ist nicht berechtigt, einen Anteil an Nutzungen, die auf einer solchen Maßnahme beruhen, zu beanspruchen; er ist nicht verpflichtet, Kosten, die durch eine solche Maßnahme verursacht sind, zu tragen. ⁽²⁾Satz 1 ist bei einer Kostenverteilung gemäß Absatz 4 nicht anzuwenden“

§ 22 Abs. 1 – 3 WEG-E:

„(1) ⁽¹⁾Bauliche Veränderungen und Aufwendungen, die über die ordnungsmäßige Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen, können beschlossen oder verlangt werden, wenn jeder Wohnungseigentümer zustimmt, dessen Rechte durch die Maßnahmen über das in § 14 Nr. 1 bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden. ⁽²⁾Die Zustimmung ist nicht erforderlich, soweit die Rechte eines Wohnungseigentümers nicht in der in Satz 1 bezeichneten Weise beeinträchtigt werden.

(2) ⁽¹⁾Maßnahmen gemäß Absatz 1 Satz 1, die der Modernisierung entsprechend § 559 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs

ches oder der Anpassung des gemeinschaftlichen Eigentums an den Stand der Technik dienen, die Eigenart der Wohnanlage nicht ändern und keinen Wohnungseigentümer erheblich beeinträchtigen, können abweichend von Absatz 1 durch eine Mehrheit von mehr als drei Viertel aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer gemäß § 25 Abs. 2 und mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile beschlossen werden. ⁽²⁾Die Befugnis im Sinne des Satzes 1 kann durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

(3) Für Maßnahmen der modernisierenden Instandsetzung im Sinne des § 21 Abs. 5 Nr. 2 verbleibt es bei den Vorschriften des § 21 Abs. 3 und 4.“

Die zwischenzeitlich vorgelegte Stellungnahme des Bundesrates (als Empfehlungen der Ausschüsse veröffentlicht in der Bundesratsdrucksache 397/1/05 vom 27. 6. 2005) hat zu den hier interessierenden Punkten keine Änderungsvorschläge unterbreitet. Im Mittelpunkt standen die Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit sowie die geplante Überführung des wohnungseigentumsrechtlichen Verfahrens vom FGG in die ZPO.

1. Bauliche Veränderungen gem. § 22 Abs. 1 WEG-E

Die Neufassung des § 22 Abs. 1 S. 1 ist in erster Linie sprachlicher Natur. Die Norm sieht nunmehr das Erfordernis eines Eigentümerbeschlusses als gesetzlichen Regelfall ausdrücklich vor; in der Praxis war dies ohnehin die Regel. Eine rechtmäßige bauliche Veränderung ohne vorhergehenden Eigentümerbeschluss ist nach wie vor dann gegeben, wenn sämtliche betroffene Eigentümer ihre Zustimmung (außerhalb der Versammlung) erklärt haben bzw. kein Eigentümer betroffen ist. Für das „Betroffensein“ bleibt es bei dem Verweis auf § 14 Nr. 1 WEG, weshalb davon auszugehen ist, dass die hierzu ergangene veränderungsfeindliche Rechtsprechung (im Kern: jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung genügt) weiterhin Geltung beansprucht. § 22 Abs. 1 Satz 2 WEG-E dient der Klarstellung.

Der Gesetzgeber stellt in der Begründung⁵ klar, Abs. 1 S. 1 begründe eine Beschlusskompetenz im Sinne der Entscheidung des BGH vom 20. 9. 2000; die benötigte Stimmzahl (= Zustimmung aller Betroffenen) sei nicht kompetenzbegründend. Fehle die an sich erforderliche Zustimmung eines Betroffenen sei der Beschluss zwar anfechtbar, nicht aber nichtig.

Schließlich stellt die Begründung zu Abs. 1 klar, dass die Formulierung in Satz 1 („kann verlangt werden“), nur bedeutet, dass der Bauwillige die Zustimmung, nicht aber die Durchführung der Maßnahme durch die Gemeinschaft verlangen könne.

⁵ Regierungsbegründung S. 66 f.

2. Modernisierungsmaßnahmen gem. § 22 Abs. 2 WEG-E

Mit dieser neuen Vorschrift schafft der Gesetzgeber eine neue Kategorie von Baumaßnahmen. Bisher waren bauliche Veränderungen von Instandsetzungs- bzw. Instandhaltungsmaßnahmen abzugrenzen; zu letzteren zählt auch die modernisierende Instandsetzung, was auch zukünftig der Fall sein soll, wie § 22 Abs. 3 WEG-E ausdrücklich klarstellt. Hier reicht also auch in Zukunft die einfache Mehrheit gem. § 21 Abs. 3 WEG. Hinzu kommen nunmehr Modernisierungen gem. § 559 BGB. Damit werden insbesondere solche Fälle erfasst, die bislang - aus den oben (l.) dargestellten Gründen - nicht als modernisierende Instandsetzung in Betracht kamen, z.B. weil eine zu modernisierende Gemeinschaftseinrichtung bislang schlicht nicht existierte oder die existierende (noch) nicht der Instandsetzung bedurfte. Hier war nach der bisherigen Rechtslage die Zustimmung aller Betroffenen erforderlich, damit die Baumaßnahme rechtmäßig erfolgen konnte, was gerade in mittleren und größeren Gemeinschaften oftmals ein Problem darstellte.

Die Bezugnahme auf § 559 BGB⁶ ist erfolgt, weil zu diesem Begriff bereits eine gefestigte (mietrechtliche) Rechtsprechung vorliegt. Erfasst sind demnach Maßnahmen, die der nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswertes, der dauerhaften Verbesserung der Wohnverhältnisse oder der Einsparung von Energie oder Wasser dienen. Die Regierungsbegründung⁷ nennt in diesem Zusammenhang als potentiell in Betracht kommende Maßnahmen: Aufstellen von Fahrradständern, Anbringen einer Gegensprechanlage oder den Einbau eines Fahrstuhls. Ausdrücklich wird ferner darauf hingewiesen, dass – anders als im Mietrecht – auch Veränderungen in Betracht kommen können, die dem Mieter nichts nützen, z.B. weil sie den Werterhalt des Hauses durch technische Verbesserungen sichern. Daher wird neben dem Verweis auf § 559 BGB ausdrücklich die Anpassung an den Stand der Technik genannt.

Mit „**Stand der Technik**“ meint der Gesetzgeber - in bewusster Abgrenzung von den Begriffen der „anerkannten Regeln der Technik“ (vgl. § 641a Abs. 3 S. 4 BGB) bzw. dem „Stand von Wissenschaft und Technik“ – das **Niveau einer anerkannten und in der Praxis bewährten, fortschrittlichen technischen Entwicklung**; wirtschaftliche Gesichtspunkte sind zu berücksichtigen.⁸ Es ist nach dem Wortlaut von § 22 Abs. 2 S. 1 WEG-E („dienen“) nicht erforderlich, dass die Maßnahme „geboten ist“; vielmehr genügt es, dass sie aus der Sicht eines vernünfti-

⁶ Abs. 1 der Vorschrift lautet: § 559 Mieterhöhung bei Modernisierung. (1) Hat der Vermieter bauliche Maßnahmen durchgeführt, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder nachhaltig Einsparungen von Energie oder Wasser bewirken (Modernisierung), oder hat er andere bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt, die er nicht zu vertreten hat, so kann er die jährliche Miete um 11 vom Hundert der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen.

⁷ A.a.O. S. 69.

⁸ A.a.O. S. 70.

gen, wirtschaftlich denkenden und sinnvollen Neuerungen gegenüber aufgeschlossenen Eigentümers sinnvoll ist.

Im Unterschied zu Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen (vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 4 WEG) hat ein einzelner Eigentümer keinen Anspruch auf Modernisierungsmaßnahmen gem. § 22 Abs. 2 WEG-E. Die Norm dient allein der Einschränkung des Einstimmigkeitsprinzips.

Zum Schutz der Minderheit sieht Abs. 2 Satz 1 neben dem (doppelt) qualifizierten Mehrheitserfordernis vor, dass die **Eigenart der Wohnanlage** durch die Maßnahme nicht geändert und kein Wohnungseigentümer durch sie **erheblich beeinträchtigt** werden darf.

Umgestaltungen wie etwa der Anbau eines Wintergartens, Abriss oder Aufstockung von Gebäude(teile)n, Speicherausbau oder die Umwandlung der die Wohnanlage umgebenden größeren Grünflächen in asphaltierte Kfz-Abstellplätze sollen ausweislich der Regierungsbegründung nicht möglich sein.⁹ Ferner werden Maßnahmen, die das symmetrische Erscheinungsbild beeinträchtigen (z.B. Verglasung einzelner Balkone, Einbau von Dachgauben oder Terrassen) für außerhalb der Mehrheitsmacht liegend angesehen.

Ob ein Wohnungseigentümer durch die Modernisierung einen „erheblichen Nachteil“ erleidet, ist – wie bei der Feststellung der Betroffenheit i.S.v. § 14 Nr. 1 WEG – eine Frage des Einzelfalls. Allerdings muss der Nachteil im Unterschied zu der genannten Vorschrift ein erheblicher sein, sprich das Maß der Beeinträchtigung muss ein Höheres sein. Umstände, die zwangsläufig mit der Modernisierung zusammenhängen (die Begründung nennt hier u.a. einen erhöhten Wartungsaufwand der neuen technischen Anlage), reichen hierfür allein nicht aus.

Die **Kosten der Maßnahme**, über deren Aufbringung gem. § 16 Abs. 4 WEG-E ebenfalls mit qualifizierter Mehrheit entschieden werden kann (s. u. 3.), sind nur im Ausnahmefall als eine erhebliche Beeinträchtigung anzusehen. Die Regierungsbegründung¹⁰ nennt hier solche Fälle, in denen die Kosten das Maß der Aufwendungen übersteigen, die dazu dienen, das gemeinschaftliche Eigentum in einen Zustand zu versetzen, wie er allgemein üblich ist, etwa zur Energieeinsparung oder zur Schadstoffminderung. Im Einzelfall kann sich eine erhebliche Beeinträchtigung auch dann ergeben, wenn ein Wohnungseigentümer wegen der Kosten gezwungen würde, sein Eigentum zu veräußern. Hier kann die Gemeinschaft durch entsprechende Rücklagenansammlung jedoch vorbeugen.

Abs. 2 Satz 2 der Neuregelung soll sicherstellen, dass die dem Werterhalt der Immobilie dienende Mehrheitsmacht nicht durch

⁹ A.a.O. S. 71.

¹⁰ A.a.O. S. 72.

Vereinbarung ausgeschlossen wird. Dies gilt ausdrücklich auch für bereits geltende Gemeinschaftsordnungen, so dass der darin etwa enthaltene Satz „Bauliche Veränderungen bedürfen der Einstimmigkeit.“ einer Maßnahme nach § 22 Abs. 2 WEG-E nicht entgegenstünde. Zulässig sind aber – nach wie vor – Öffnungsklauseln, die Baumaßnahmen von **geringeren** Anforderungen (z.B. einer 2/3-Mehrheit) abhängig machen. Insoweit gilt das Gleiche wie bei § 16 Abs. 5 WEG-E (s. u. 3.).

3. Kostenverteilung gem. § 16 Abs. 4 WEG-E

Folgt man der oben wiedergegebenen Ansicht, nach der die Eigentümer auch bisher bereits im Einzelfall bestandskräftig über eine vom Gesetz abweichende Verteilung der Baukosten beschließen¹¹, besteht die unmittelbare Konsequenz der geplanten Änderung zunächst einmal darin, dass der Beschluss der Eigentümer unter den Voraussetzungen des neuen § 16 Abs. 4 WEG-E **ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht**, also auch einer Beschlussanfechtung standhält.

Voraussetzung für einen ordnungsmäßigen Beschluss sind neben dem (wie gesagt auch für das geltende Recht zu fordernden) Einzelfallbezug¹² die in Satz 1 genannte Berücksichtigung des „Gebrauchs oder der Möglichkeit des Gebrauchs durch die Wohnungseigentümer“ sowie das Erreichen der in § 16 Abs. 4 S. 2 WEG-E genannten Mehrheit. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sieht es der Gesetzgeber an, dass der abweichend beschlossene Maßstab keinen Eigentümer unbillig benachteiligen darf, was aus dem Eigentumsschutz (Art. 14 Abs. 1 GG) folge.¹³ Sofern in § 16 Abs. 4 S. 1 WEG-E davon die Rede ist, dass den dort genannten Kriterien Rechnung zu tragen ist, bedeutet dies, dass sich die Entscheidung nicht ausschließlich am Gebrauch bzw. der Gebrauchsmöglichkeit ausrichten muss. Es besteht ein Spielraum für die Wohnungseigentümer.

Für die zukünftige Praxis überaus wichtig ist die Antwort auf die Frage, ob die in § 16 Abs. 4 WEG-E begründete bzw. klargestellte Beschlusskompetenz auch besteht, wenn die qualifizierte Mehrheit gem. Satz 2 verfehlt wird. Muss der Verwalter einen derartigen Beschluss überhaupt feststellen oder wäre dieser bei Verfehlen der erforderlichen Mehrheit nichtig und sein Zustandekommen daher nicht durch den Verwalter festzustellen?

Die Regierungsbegründung enthält hierzu eine erfreulich klare Aussage: *„Wird bei der Beschlussfassung die gemäß Absatz 4 Satz 2 WEG (neu) erforderliche Stimmenzahl nicht erreicht, so ist ein gleichwohl gefasster Mehrheitsbeschluss wirksam, aber*

¹¹ So etwa Häublein, NJW 2005, 1466.

¹² Vgl. Regierungsbegründung S. 54.

¹³ A.a.O. S. 55.

*anfechtbar. Er erlangt (...) Bestandskraft.*¹⁴ Diese Ansicht impliziert m.E., dass der Verwalter auch bei Verfehlen der erforderlichen qualifizierten Mehrheit das Zustandekommen des Beschlusses feststellen und den Beschluss verkünden *können* muss, weil andernfalls ein der Bestandskraft zugänglicher Beschluss gar nicht in der Welt wäre. Damit tritt eine neue Situation ein¹⁵: Einerseits schien es bisher zwingend (wenngleich nicht unumstritten), den Verwalter für verpflichtet zu halten, eine Beschlussfeststellung dort durchzuführen, wo der Beschluss wenigstens der Bestandskraft zugänglich, also nicht nichtig ist; denn es ist nicht Sache des Verwalters dem möglichen Anfechtungsverfahren vorzugreifen. Andererseits war – wie oben ausgeführt – davon auszugehen, dass ein Beschluss schon gar nicht zustande gekommen ist, wenn die erforderliche Mehrheit verfehlt worden ist. Letzteres spricht dafür, den Verwalter nicht für verpflichtet zu halten, derartige Beschlüsse zu verkünden.

Schließlich stellt die Regierungsbegründung klar, dass weder Abs. 4 noch Abs. 5 des § 16 WEG-E einer Erweiterung der Mehrheitsmacht durch **Öffnungsklausel** entgegenstehen.¹⁶ Die Vorschriften stehen jedenfalls in Richtung der Erweiterung der Mehrheitsmacht zur Disposition. Einschränkungen der Mehrheitsmacht hingegen werden durch § 16 Abs. 5 WEG-E untersagt. Daraus folgt, dass kein in der Gemeinschaftsordnung niedergelegter Kostenverteilungsschlüssel vor Änderungen gem. § 16 Abs. 4 WEG-E sicher ist. Nicht nur der gesetzliche Kostenverteilungsschlüssel (den der Entwurf in § 16 Abs. 6 Satz 1 WEG-E regelt), sondern auch der vereinbarte ist abänderbar.

Nicht eindeutig geregelt ist die Frage, von welcher Kostenverteilungsnorm die Wohnungseigentümer abweichen, wenn sie bei Maßnahmen gem. § 22 Abs. 2 WEG-E eine „abweichende“ Verteilung beschließen. M.E. muss hier § 16 Abs. 2 WEG zur Anwendung gelangen, weil die Kostentragung nach Miteigentumsanteilen bei Modernisierungsmaßnahmen in der Regel am ehesten den Interessen der Eigentümer entspricht. Es wäre zu wünschen, dass der Gesetzgeber dies noch klarstellt.¹⁷

¹⁴ A.a.O. S. 57.

¹⁵ Zur bisherigen Rechtslage vgl. Häublein, NJW 2005, 1466.

¹⁶ A.a.O. S. 57 f.

¹⁷ Vgl. hierzu Häublein, ZMR 2006, 1, 2 f.