

*Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld**

Die Mietrechtsänderung im Lichte des WEG**

Das Gesetz über die Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG) vom 11. März 2013 (BGBl I S. 434) hat mit Wirkung zum 1. Mai 2013 auch § 22 Abs. 2 WEG geändert. Bevor unter II. auf diese Änderung und damit auf die Modernisierung einer (vermieteten) Eigentumsanlage eingegangen wird, sollen zunächst unter I. ausgewählte Änderungen des BGB durch das MietRÄndG aus der Brille des Wohnungseigentumsrechts betrachtet werden.

I. Blick auf von der Mietrechtsänderung betroffene Regelungsbereiche

Der folgende Blick auf Änderungen des BGB muss sich aus Zeit- und Raumgründen auf einzelne Fragen beschränken.

1. Kündigungssperre bei Umwandlung nach „Münchener Modell“, § 577a BGB

Bei Aufteilung einer vermieteten Bestandsimmobilie in Wohnungseigentum sperrt seit jeher § 577a BGB die Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Der Erwerber vom aufteilenden Eigentümer darf diese Kündigung für einen näher bestimmten Zeitraum nicht erklären. Die Bestimmung trägt in besonderer Weise den entgegenstehenden Interessen des vermietenden Eigentümers einerseits und andererseits des besitzenden Mieters Rechnung. Sie bedeutet somit einen bedeutenden Anwendungsfall dafür, wie der Gesetzgeber – in der von *Reinhard Gaier* auf dieser Tagung näher analysierten Weise –¹ die von Art. 14 GG geschützten Positionen beider Vertragspartner in einen angemessenen Ausgleich zu bringen hat.

a) Das Münchener Modell

Eine Gestaltung, die der bayrischen Landeshauptstadt zugeschrieben wird, versuchte Umwandlung und Wohnungserwerb unter Ausschaltung dieser Kündigungssperre zu ermöglichen. Zu diesem Zweck wurde die aufzuteilende Immobilie als Ganze an eine

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sowie Direktor der Forschungsstelle für Immobilienrecht an der Universität Bielefeld.

** Die Nachweise in diesem Vortragsmanuskript sollen eine Orientierung ermöglichen, Vollständigkeit wird nicht angestrebt.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden kurz: GbR) veräußert. Dieser GbR sollten die späteren Wohnungseigentümer als Gesellschafter angehören. Nach Übergang des Mietvertrags infolge der Veräußerung auf die GbR sollte diese die Mietverhältnisse wegen ihres Eigenbedarfs kündigen. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, dass das BGB die dargestellte Gestaltungsmöglichkeit eröffnet:

So hat er einer GbR zugebilligt, sich im Wege der Eigenbedarfskündigung auf den Eigenbedarf nur eines Gesellschafters zu berufen.² Unter Aufgabe einer zunächst anders lautenden Position hält der BGH inzwischen für Recht, dass es für diese Kündigungsmöglichkeit auch nicht darauf ankommt, ob der Gesellschafter mit Eigenbedarf bei Begründung des Mietverhältnisses oder erwerbsbedingten Übergang des Mietverhältnisses auf die GbR bereits Gesellschafter der GbR war.³ Die Kündigung durch die GbR werde selbst dann nicht durch § 577a BGB a.F. gesperrt, wenn die Gesellschaft die Aufteilung der Immobilie auf ihre Gesellschafter anstrebe.

Diese Zulässigkeit der Kündigung durch die GbR wirkte sich auch in der Sachlage aus, dass sich zunächst die GbR unter Bildung von Wohnungseigentum und Eintragung der einzelnen Gesellschafter als Eigentümer des geschaffenen Wohnungseigentums auseinandersetzte.⁴ Die ehemaligen Gesellschafter und nunmehrigen Wohnungseigentümer traten nicht nur in die Mietverhältnisse über ihre Wohnungen ein, sondern konnten dieses auch wegen Eigenbedarfs kündigen. Eine Anwendung von § 577a BGB a.F. scheiterte schon daran, dass durch die Aufteilung und Auseinandersetzung keine neue Kündigungsmöglichkeit geschaffen wurde, sondern die Berechtigung zur Eigenbedarfskündigung in der Hand des Neueigentümers der zuvor in der Hand der GbR bestehenden Berechtigung entsprach.

b) Ergänzung von § 577a BGB

Der Gesetzgeber des MietRÄndG hat dieser Gestaltungsmöglichkeit durch Einfügung von § 577a Abs. 1a BGB einen Riegel vorgeschoben. Die Bestimmung sperrt durch ihren Satz 1 die Eigenbedarfskündigung durch eine die vermietete Immobilie erwerbende

¹ Siehe das Referat in diesem Band.

² BGH NJW 2009, 2738.

³ BGH ZMR 2012, 264.

⁴ BGH ZMR 2012, 264.

Personengesellschaft unabhängig von einer Aufteilung in der Weise, wie sonst die Kündigung des Wohnungseigentumserwerbers nach Aufteilung gesperrt ist.

Dadurch ist die Kündigungssperre von der (Absicht zur) Begründung von Wohnungseigentum losgelöst.⁵ Es sind also auch die Fälle erfasst, in denen mehrere als GbR (oder aber als Bruchteilseigentümer) ein Mietshaus erwerben, um Teile davon zu bewohnen, ohne die Immobilie aufteilen zu wollen. Satz 2 begründet eine Ausnahme nur für Sachlagen, in denen die Gesellschafter oder Bruchteilseigentümer in besonderer Verbundenheit zueinander stehen.

Es bleibt abzuwarten, wie die Umwandlungspraxis auf diese Gesetzesänderung reagiert. In einem Punkt begünstigt die Neuregelung den Erwerber. Wer Wohnungseigentum von einer aufteilenden Personengesellschaft erwirbt, erfährt durch den neuen § 577a Abs. 2a BGB eine Erleichterung in Bezug auf die ihn treffende Kündigungssperre. Denn die Wartefrist, während der die Eigenbedarfskündigung gesperrt ist, läuft anders als sonst in den Fällen des § 577a Abs. 1 BGB nicht vom Erwerb des kündigungswilligen Wohnungseigentümers ab, sondern bereits ab dem Erwerb der Personengesellschaft, die die Sperre nach § 577a Abs. 2 BGB auslöst. Das mag gewerbliche Umwandler dazu anhalten, die Immobilie über eine Personengesellschaft, zu erwerben, als diese die Immobilie ggf. zu modernisieren, jedenfalls aufzuteilen und abzuverkaufen. Als mögliches Personengesellschaftsvehikel kann dabei auch eine solche dienen, die wie insbesondere eine GmbH & Co. KG über keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter verfügt.

2. Bauherreneigenschaft der einzelnen Wohnungseigentümer, § 559 Abs. 1 BGB

§ 559 Abs. 1 BGB ermöglicht dem Vermieter die Modernisierungsmieterhöhung nur aufgrund solcher Kosten, die ihm dadurch entstehen, dass er (als Bauherr) Modernisierungsmaßnahmen vornimmt. Schon vor In-Kraft-Treten des MietRÄndG wurde für das Recht der vermieteten Eigentumswohnung ein Problem aufgeworfen, dass auf der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in § 10 Abs. 6 WEG beruht. Nun ist Bauherr die rechtsfähige Gemeinschaft der Eigentümer, der einzelne vermietende Eigentümer ist über die Verteilung innerhalb der Gemeinschaft (§§ 16, 28 WEG) an den Kosten beteiligt. Es sei daher „zweifelhaft“, ob der einzelne vermietende Wohnungseigentümer die Anforderungen an eine

⁵ *Blank*, in: Schmidt-Futterer, 11. Aufl. 2013, § 577a Rn. 18b; *Riecke*, in: PWW, 8. Aufl. 2013, Stand: ZMR-Sonderheft 7/2013, § 577a Rn. 12b; **a.A.** *Bruns*, ZMR 2012, 933, 936.

eigene Durchführung („Bauherreneigenschaft“) des § 559 Abs. 1 BGB erfülle.⁶ Das MietRÄndG hat zu dieser Frage nicht Stellung bezogen. Ungeachtet dessen sind die geäußerten Zweifel nicht stichhaltig.⁷ Die Gemeinschaft ist nur rechtstechnisches Mittel für die Vielzahl der Eigentümer. Daher ist auch der vermietende Eigentümer durch die rechtsfähige Gemeinschaft Mit-Bauherr. Während im Recht der Eigenbedarfskündigung (gerade unter 1.) der GbR der Eigenbedarf der Gesellschafter zugerechnet wird, ist hier – quasi umgekehrt – die Bauherreneigenschaft der rechtsfähigen Gemeinschaft dem einzelnen vermietenden Eigentümer zuzurechnen. In beiden Sachlagen ist die jeweilige Zurechnung Ausdruck dessen, dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der jeweiligen Personenmehrheiten nur Ausdruck bestimmter Praktikabilitätsabwägungen ist, aber weder GbR noch rechtsfähige Gemeinschaft juristische Personen wären, die strikt von ihren Mitgliedern zu trennen sind.

3. Bauausführung unter Nutzung des Minderungsausschlusses, § 536 Abs. 1a BGB

Das MietRÄndG hat in § 536 Abs. 1a den rechtspolitisch recht umstrittenen Minderungsausschluss bei energetischen Modernisierungen (§ 555b Nr. 1 BGB) für einen Zeitraum von drei Monaten geschaffen. Der Dreimonatszeitraum beginnt zutreffender Auffassung nach mit der ersten Beeinträchtigung, die aus dem umzusetzenden Modernisierungsvorhaben resultiert und die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch mindert.⁸ Es besteht also kein Wahlrecht des Vermieters, den Zeitraum zu bestimmen, etwa während dessen die Beeinträchtigungen der Mietsache den höchsten Minderungsbetrag rechtfertigen. Führen vorbereitende Maßnahmen wie der Aufbau eines Baucontainers oder Gerüsts bereits zu einer Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache, setzen diese Maßnahmen die Frist für den Minderungsausschluss schon in Gang, auch wenn die eigentlichen Bauarbeiten am Gebäude erst später beginnen.

Auf diese Weise ist § 536 Abs. 1a BGB Ausdruck eines Beschleunigungsgebots. Nur derjenige Vermieter wird vollständig vor einer Minderung bewahrt, der seine gesamte energetische Maßnahme innerhalb von drei Monaten erledigt. Damit ist ein gesetzlicher Anhaltspunkt für das geschaffen, was ohnehin zu erwarten ist, nämlich die möglichst

⁶ So heute noch *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, 11. Aufl. 2013, § 559 Rn. 30.

⁷ *Elzer*, in: PWW, 8. Aufl. 2013, Stand: ZMR-Sonderheft 7/2013, § 559 Rn. 4.

⁸ *Hinz* NZM 2013, 209, 217.

schleunige Durchführung einer Baumaßnahme. Dieses Gebot fließt über den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung in das Wohnungseigentumsrecht ein, wie der BGH unlängst ausgesprochen hat, dass die ordnungsmäßige Verwaltung grundsätzlich eine DIN-gerechte Durchführung von Sanierungsmaßnahmen verlangt⁹. Das Beschleunigungsgebot kann daher die Anforderungen an die Beschlussfassung über eine Maßnahme beeinflussen, vor allem aber auch die Pflichten des Verwalters bei der Ausführung eines Beschlusses nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 WEG prägen. Die Duldung einer zögerlichen Durchführung von Sanierungsmaßnahmen kann daher die Schadensersatzpflicht des Verwalters aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung seiner aus § 27 WEG folgenden Pflichten gegenüber der rechtsfähigen Gemeinschaft und einzelnen Eigentümern begründen.

Damit steht die Frage in Zusammenhang, wer in einer Eigentumsanlage durch den Minderungsausschluss letztendlich entlastet wird: der vermietende Eigentümer oder die Gesamtheit aller Wohnungseigentümer. Unmittelbar wird freilich der vermietende Eigentümer entlastet, weil sein Mieter zur Zahlung der Miete verpflichtet bleibt, obgleich die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch durch eine Maßnahme der energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) gemindert wird. Die maßgebliche Frage besteht aber darin, ob der vermietende Eigentümer anderenfalls die Einbuße über § 14 Nr. 4 Halbs. 2 WEG auf die Gesamtheit der Eigentümer abwälzen könnte. Der dort geregelte Ausgleich für die dem einzelnen Eigentümer auferlegte Duldung setzt ein Sonderopfer dergestalt voraus, dass der Eigentümer das Betreten oder die Benutzung in seinem Sondereigentum stehender Gebäudeteile gestattet, um Maßnahmen zur Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums zu ermöglichen. Der durch die WEG-Reform 2007 unverändert gebliebene Wortlaut ist zunächst dahingehend erweiternd auszulegen, dass die Regelung nicht nur auf Erhaltungs-, sondern auch auf Modernisierungsmaßnahmen anzuwenden ist. Dann wird man jede Maßnahme, die die Tauglichkeit der Einheit zum vertragsgemäßen Gebrauch reduziert, auch als Nutzung dieser Einheit anzusehen haben. Regelmäßig werden daher die Voraussetzungen des § 14 Nr. 4 WEG erfüllt sein. Unter dem Strich reduziert § 536 Abs. 1a WEG also die Kosten einer Maßnahme für die Gesamtheit der Wohnungseigentümer. Das ist angesichts der Anreizwirkung, die vom Minderungsausschluss ausgehen soll, deswegen passend, weil auch die Gesamtheit der Eigentümer in der

⁹ BGH NJW 2013, 2271 = WuM 2013, 558.

Eigentümerversammlung darüber entscheidet, ob sie eine solche Maßnahme durchführen lässt.

4. Terminologie der baulichen Veränderungen

Die Terminologie der baulichen Veränderungen hat durch das MietRÄndG Neuerungen zum einen im BGB, zum anderen aber auch durch den Verweis des § 22 Abs. 2 WEG auf § 555b BGB erfahren. Ein Gleichklang der Begriffe in beiden Rechtsmaterien ist dadurch aber nicht erreicht. Vielmehr bleibt zu unterscheiden:

a) Terminologie aus Sicht des Mietrechts

Das BGB unterscheidet nunmehr zwischen den in § 555a BGB geregelten Erhaltungsmaßnahmen und den Modernisierungsmaßnahmen, die § 555b BGB in einem sieben Nummern umfassenden Katalog definiert.

Allerdings knüpft das BGB im Übrigen vielfach nicht umfassend an den Begriff der Modernisierung an, sondern unterscheidet nach den unterschiedlichen Nummern des § 555b BGB. So beschränkt sich die Möglichkeit zur Modernisierungsmieterhöhung auf die Nrn. 1, 3, 4, 5 und 6 des § 555b BGB, der Minderungsausschluss des § 536a Ia BGB gar auf die energetische Modernisierung nach Nr. 1. Ähnlich beschränkt sich der Verweis der sogleich näher zu untersuchende Regelung in § 22 Abs. 2 WEG auf Nr. 1 - 5 des § 555b BGB.

Eine Modernisierung kann insbesondere dann durchgeführt werden, wenn ohnehin Bedarf für eine Maßnahme zur Erhaltung des Gebäudes besteht. § 22 Abs. 3 WEG weist eine solche Maßnahme der sog. modernisierenden Instandsetzung der ordnungsmäßigen Verwaltung zu und stellt sie so mit den einfachen Instandsetzungs-, sprich Erhaltungsmaßnahmen, gleich. Das Mietrecht enthält für solche Maßnahme keine allgemeine ausdrückliche Regelung. Jedoch wird man hier den Modernisierungsaspekt der Maßnahme zu betonen haben. Eine ausdrückliche Regelung enthält § 559 Abs. 2 BGB für die Modernisierungsmieterhöhung. Von den tatsächlichen Kosten der Modernisierungsmaßnahme sind die fiktiven Erhaltungskosten abzuziehen. Auch im Übrigen sind auf eine solche Maßnahme die Regelungen über die Modernisierung, mithin §§ 555b ff. BGB sowie § 536 Abs. 1a BGB anwendbar. Insbesondere lässt sich der Minderungsausschluss nicht mit der Erwägung beschränken, auch die Erhaltungsmaßnahme hätte zu einer Tauglichkeitsminderung geführt.¹⁰

¹⁰ In diese Richtung jedoch *Hinz* NZM 2013, 209, 214.

Denn dagegen spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung und der Umkehrschluss zu § 559 Abs. 2 BGB, vor allem aber trägt der Zweck des § 536 Abs. 1a BGB, den Vermieter zu einer teuren Modernisierungsmaßnahme anzureizen auch, wenn er die Baumaßnahme aus Anlass von Erhaltungsbedarf plant. Allerdings ist die Beschränkung dieser Bestimmung auf die energetische Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB zu berücksichtigen. Ist der Vermieter angesichts des Instandsetzungsbedarfs insbesondere durch die EnEV zu einer energetischen Modernisierung gezwungen, fällt diese Maßnahme unter § 555b Nr. 6 BGB, so dass die Voraussetzungen für den Minderungsausschluss nicht vorliegen. Aber auch diese Rechtsfolge ist angesichts des Regelungszwecks von § 536 Abs. 1a BGB konsequent. Ist der Vermieter zu einer bestimmten Maßnahme gezwungen, gibt es keinen Bedarf, durch den Minderungsausschluss noch einen Anreiz zu setzen.

b) Terminologie aus Sicht des WEG

Das Wohnungseigentumsrecht unterscheidet drei unterschiedliche Arten von Baumaßnahmen.

aa) Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung

Der Charakter als Baumaßnahme fällt nicht ins Gewicht, wenn das Vorhaben sich als Gegenstand der ordnungsmäßigen Verwaltung einzuordnen ist. Das trifft nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG zunächst auf Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung zu. Wie gerade schon erwähnt, erstreckt § 22 Abs. 3 WEG diese Rechtsfolge auch auf Maßnahmen der modernisierenden Instandhaltung. Schließlich sind als Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung auch solche anzusehen, die mietrechtlich nach § 555b Nr. 6 BGB eine Modernisierung darstellen. Dabei handelt es sich insbesondere um bauliche Maßnahmen, die vom Gesetz verlangt werden. Beispiele geben EnEV und TrinkwasserVO.

bb) Modernisierung nach § 22 II WEG

Eine Sonderregelung enthält § 22 Abs. 2 WEG für die wohnungseigentumsrechtliche Modernisierung, die zunächst unter Anknüpfung an § 555b Nr. 1 - 5 BGB definiert wird. Darüber hinaus verlangt die Bestimmung, dass die Eigenart der Wohnanlage nicht geändert und kein Wohnungseigentümer gegenüber anderen unbillig beeinträchtigt wird. Auf die Frage, welche Bedeutung letzteren Voraussetzungen zukommt, ist unter II. zurückzukommen.

cc) Sonstige bauliche Maßnahme nach § 22 I WEG

Schließlich bestimmt § 22 Abs. 1 WEG den Auffangtatbestand für die klassische bauliche Veränderung. Zu dieser zählt insbesondere die Schaffung neuen Wohnraums, etwa durch

Anbau oder Dachausbau, den das Mietrecht in § 555b Nr. 7 BGB als Modernisierung definiert.

II. Schwerpunkt: Modernisierung in einer (vermieteten) WEG-Anlage

Um die Modernisierung einer vermieteten WEG-Anlage rechtlich zu durchleuchten, sind verschiedene, freilich verwandte Fragestellungen zu unterscheiden.

1. Der Tatbestand einer Modernisierung nach § 22 II WEG

Zunächst ist die terminologische, bereits unter I. 4. b) angerissene Frage nach dem Tatbestand einer Modernisierung i. S. v. § 22 Abs. 2 WEG aufzugreifen.

a) Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 2 WEG

Der BGH hat zur alten Fassung von § 22 Abs. 2 WEG mit dessen Verweis auf § 559 BGB a. F. einen spezifisch wohnungseigentumsrechtlichen Modernisierungsbegriff geprägt.¹¹ Im Hinblick auf die Gebrauchswerterhöhung formuliert er, dass „die Maßnahme aus der Sicht eines verständigen Wohnungseigentümers eine sinnvolle Neuerung darstell[en müsse], die voraussichtlich geeignet ist, den Gebrauchswert des Wohnungseigentums nachhaltig zu erhöhen.“ Dabei präzisiert der BGH die Anforderungen an eine sinnvolle Neuerung durch eine Amortisationsrechnung, indem die Kosten ins Verhältnis zum erzielbaren Erfolg gesetzt werden.

Diese Rechtsprechung birgt die Gefahr, auch nach der Reform des maßgeblichen Modernisierungsbegriffs durch das MietRÄndG, die im BGB formulierten und dort für das Mietrecht nun zu diskutierenden und konturierenden Modernisierungstatbestände¹² für das WEG durch bloße Wertungsüberlegungen zu ersetzen, welche Baumaßnahme sinnvoll erscheint. Und einen zweiten Einwand muss sich diese Rechtsprechung gefallen lassen. Die im Einzelfall vielfach nur schwer zu treffende Amortisationsabwägung ist kein geeigneter Gradmesser dafür, ob eine Maßnahme eine Modernisierung darstellt, sondern allein dafür, ob die Modernisierung sinnvoll, mithin ordnungsmäßig ist.¹³

Überzeugender ist es daher, im Wohnungseigentumsrecht, künftig den Verweis auf das novellierte BGB ernst zu nehmen. Denn durch die Novelle wurde auch ein Grund beseitigt,

¹¹ BGHZ 196, 45 = NJW 2013, 1439, Leitsatz 2 mit Rn. 12; BGH NJW 2011, 1221 = WuM 2011, 251.

¹² Siehe dazu den Beitrag von *Hubert Blank* in diesem Band.

¹³ So schon *Elzer Info M* 2013, 29.

den der BGH bislang für seine großzügige Interpretation des Verweises von WEG auf BGB vorbrachte.¹⁴ In Gestalt von § 555b Nr. 2 BGB hat der Gesetzgeber auch für das BGB den Modernisierungsbegriff davon gelöst, dass die Modernisierungsmaßnahme dem Mieter zugute kommen muss. Das sollte Anlass sein, die bisherige Rechtsprechung aufzugeben, den Verweis in § 22 Abs. 2 WEG ernst zu nehmen und Miet- und WEG-Recht im Umfange des Verweises von § 22 Abs. 2 WEG einen einheitlichen Modernisierungsbegriff zugrunde zu legen. Auf Grundlage dieser Auffassung wird der Tatbestand des § 22 Abs. 2 WEG eröffnet, wenn eine Maßnahme die Voraussetzungen von § 555b Nr. 1 - 5 erfüllt. Auf die Sinnhaftigkeit der Maßnahme kommt es nicht für Abgrenzung einer Modernisierung von sonstigen Maßnahmen an, sondern nur dafür, ob die Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Neben der Modernisierung kommt der von § 22 Abs. 2 WEG alternativ genannten Anpassung an den Stand der Technik keine praktische Bedeutung zu.

§ 22 Abs. 2 WEG nennt als weitere Voraussetzungen, dass die Eigenart der Anlage nicht verändert werden dürfe und eine unbillige Beeinträchtigung einzelner Wohnungseigentümer verboten sei. Diese Merkmale sollen ebenfalls zum Tatbestand für dieses vereinfachte Beschlussquorum gehören, das § 22 Abs. 2 WEG im Verhältnis zu § 22 Abs. 1 WEG schafft. Indessen handelt es sich der Sache nach um Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Ein Verstoß gegen diesen Maßstab liegt insbesondere vor, wenn einzelne Eigentümer unbillig benachteiligt werden. Nichts Anderes gilt im Ergebnis, wenn der Charakter einer Wohnanlage durch eine Modernisierung verändert werden würde. Das sind ohnehin nur Ausnahmefälle, etwa wenn ein Jugendstil-Gebäude durch eine Maßnahme der energetischen Modernisierung nach Außen nicht mehr als solches erkennbar ist. Die Rechtsprechung scheint allerdings ohne Grund einen weiteren Eigenartsbegriff zugrunde zu legen, wenn sie eine Schwimmbadvergrößerung zu Lasten der Hausmeisterwohnung ebenso allein § 22 Abs. 1 WEG unterwirft¹⁵, wie sie es für eine Balkonsanierung erwägt, wenn diese von der baugleichen Umgebung abweicht¹⁶.

b) Abgrenzung zur modernisierenden Instandsetzung

¹⁴ Vgl. BGHZ 196, 45 = NJW 2013, 1439 Rn. 12.

¹⁵ BGH NJW 2012, 603 = WuM 2012, 218 Rn. 5.

¹⁶ BGHZ 196, 45 = NJW 2013, 1439 Rn. 19.

Auf dieser Grundlage ergibt sich eine klare Abgrenzung von Modernisierung (§ 22 Abs. 2 WEG) und modernisierender Instandsetzung (§ 22 Abs. 3 WEG). In beiden Gestaltungen muss die Maßnahme die Voraussetzungen an eine Modernisierung nach § 555b Nr. 1 – 5 BGB erfüllen. Im Fall des § 22 Abs. 3 WEG muss darüber hinaus Instandsetzungsbedarf hinsichtlich des Bauteils vorliegen, der nunmehr modernisiert werden soll. Daran kann es fehlen, wenn nur ein Teil dieses Bauteils sanierungsbedürftig ist. So hat das LG Saarbrücken eine modernisierende Instandsetzung verneint, wenn nur zwei von zehn Glasbausteinen defekt waren, die nun allesamt durch Fenster ersetzt werden sollten.¹⁷ Angesichts des geringen Instandsetzungsbedarfs stellt eine solche Maßnahme nach ihrem Gepräge dann keine Instandsetzung dar, sondern eine reine Modernisierung.

c) Abgrenzung zur sonstigen baulichen Veränderung

§ 22 Abs. 2 WEG beabsichtigt eine Privilegierung im Verhältnis zu § 22 Abs. 1 WEG. Ordnungsmäßige Modernisierungsmaßnahmen lassen sich im Unterschied zu sonstigen baulichen Veränderungen auch dann unanfechtbar beschließen, wenn einzelne beeinträchtigte Eigentümer dagegen stimmen. Die Abgrenzung auf Tatbestandsebene hängt damit vom hier bereits unter a) behandelten Modernisierungsbegriff ab.

Da Abs. 2 allerdings Modernisierungen erleichtern will, kann diese Regelung den Eigentümern den Weg über § 22 Abs. 1 WEG auch für Modernisierungsmaßnahmen nicht verschließen. Das gilt jedenfalls für Modernisierungsmaßnahmen, die nur für einzelne Eigentümer eine Beeinträchtigung darstellen. Solche Maßnahmen müssen über § 22 Abs. 1 WEG mit einfacher Mehrheit unanfechtbar zu beschließen sein, wenn nur die beeinträchtigten Eigentümer zustimmen. Auf den Privilegierungszweck von § 22 Abs. 2 WEG wird unter 4 b) bei der Diskussion der Reichweite von § 16 Abs. 6 WEG, der lediglich § 22 Abs. 1 WEG in Bezug nimmt, zurückzukommen sein.

Jedenfalls ist hier schon festzuhalten, dass die Absätze 1 und 2 des § 22 WEG zueinander in keinem solchen Alternativverhältnis zueinander stehen, wie es Absatz 3 zu den anderen beiden Absätzen tut. Modernisierungsmaßnahmen können auch nach § 22 Abs. 1 WEG beschlossen werden.

2. Duldungspflichten

¹⁷ LG Saarbrücken, Urt. v. 28.3.2013 - 5 S 182/12, MietRB 2013, 211.

Wer eine Modernisierungsmaßnahme unternimmt, muss sich Gewissheit verschaffen, ob die anderen Beteiligten die Maßnahme zu erdulden haben. Insoweit ist zwischen der Duldungspflicht der Wohnungseigentümer und der der Mieter zu unterscheiden.

a) Pflichten der Eigentümer aufgrund Beschlussfassung

Die Duldungspflichten der anderen Wohnungseigentümer folgen aus der Beschlussfassung über die Modernisierungsmaßnahme. Das ist im Anwendungsbereich von § 22 Abs. 2 u. 3 WEG unbestritten. Streit besteht allein, ob es im Anwendungsbereich von § 22 Abs. 1 WEG ebenfalls einer Beschlussfassung bedarf oder ob die bloße Zustimmung der beeinträchtigten Eigentümer ausreicht. Das LG Hamburg ist zuletzt für die Erforderlichkeit eines Beschlusses eingetreten.¹⁸ Für diese Auffassung spricht entscheidend, dass nur so – sieht man von der Eintragung einer Vereinbarung als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch (§ 10 Abs. 3 WEG) ab – die Bindung von Sonderrechtsnachfolgern nach § 10 Abs. 4 WEG begründet werden kann. Die Sache liegt nunmehr dem BGH zu Entscheidung vor.¹⁹

b) Pflichten der Mieter nach Ankündigung

Die Duldungspflicht des Mieters kann bei Erhaltungsmaßnahmen nur auf § 555a BGB und bei Modernisierungen nur auf § 555d BGB beruhen. Sie setzt also insbesondere die Ankündigung der Maßnahme voraus. Grundsätzlich hat nur der Vermieter die Möglichkeit, diese Voraussetzungen zu erfüllen. Wie ich im letzten Jahr auf den IX. Weimarer Immobilienrechtstagen dargelegt habe, können die Wohnungseigentümer aber auch durch Beschluss nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG die Durchsetzung der Duldung zur Sache der rechtsfähigen Eigentümergemeinschaft machen.²⁰

3. Beschlussfassung über Modernisierungsmaßnahmen

Der Blick auf einen Beschluss über eine Modernisierungsmaßnahme unterscheidet sich danach, ob er aus Ex-ante-Sicht vom Versammlungsleiter, sprich regelmäßig Verwalter, stammt oder ob das im Wege der Anfechtungsklage angerufene Gericht ex-post den Beschluss würdigt.

¹⁸ LG Hamburg ZMR 2013, 373.

¹⁹ Die Revision ist beim BGH unter dem Aktenzeichen V ZR 25/13 anhängig.

²⁰ *Jacoby* WImmoT 2012, 179, 195; grundlegend *Lehmann-Richter* WuM 2013, 82, 84 f.; vgl. ferner zur großzügigen Handhabung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG BGH ZMR 2013, 642 = WuM 2013, 427.

a) Ex-Ante: Versammlungsleiter (WEG-Verwalter)

Zunächst stellt sich dem Verwalter die Frage nach dem von ihm anzuwendenden Beschlussquorum. Wenn die Maßnahme keine modernisierende Instandsetzung nach § 22 Abs. 3 WEG darstellt, kann der Verwalter über eine Modernisierung nach § 22 Abs. 2 WEG auf Grundlage der durch die WEG-Reform 2007 eingeführten sog. doppeltqualifizierten Mehrheit beschließen lassen. Da § 22 Abs. 2 WEG – wie gerade unter 1c) dargestellt – allerdings nur eine erleichterte Beschlussmöglichkeit schaffen möchte, ist auch ein Beschluss nach § 22 Abs. 1 WEG zulässig.

Insoweit stellt sich die noch sehr kontrovers diskutierte Frage, welches Beschlussquorum diese Vorschrift anordnet. Unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien²¹ deutet eine verbreitete Auffassung das Erfordernis der Zustimmung aller Beeinträchtigten als besonderes Beschlussquorum.²² Es genüge nicht allein eine einfache Mehrheit, sondern es müssten darüber hinaus alle Beeinträchtigten zustimmen, was vielfach zu einem Allstimmigkeitserfordernis führe. Beachte der Verwalter dieses Quorum nicht und verkünde einen Beschluss ungeachtet dessen, dass ihm nicht alle Beeinträchtigten zugestimmt haben, so könne er sich – wofür sich in der Rechtsprechung insbesondere das LG München I ausgesprochen hat – schadensersatzpflichtig machen, so dass auch eine Kostenentscheidung nach § 49 Abs. 2 WEG zulasten des Verwalters in Betracht komme.

Zustimmung verdient indessen die Gegenauffassung. Danach genügt für einen Beschluss nach § 22 Abs. 1 WEG ein einfacher Mehrheitsbeschluss.²³ Die Zustimmung der Beeinträchtigten stellt ein zusätzliches Erfordernis für die Rechtmäßigkeit des Beschlusses dar. Zur Unterstützung dieser Auffassung lässt sich zunächst darauf verweisen, dass die Gesetzesmaterialien keinesfalls eindeutig sind.²⁴ Vor allem aber belastet so die vielfach schwierig zu klärende Einzelfallfrage, ob eine Beeinträchtigung einzelner Eigentümer

²¹ BT-Drucks. 16/887, S. 28: „Das Erfordernis der Zustimmung aller Beeinträchtigten regelt die benötigte Stimmzahl.“

²² LG München I ZMR 2009, 874 = WuM 2009, 426; *Becker* ZWE 2012, 297, 299; *Merle*, in: Bärmann, WEG 12. Aufl. 2013, § 22 Rn. 143.

²³ AG Oberhausen ZMR 2011, 76; *Bonifacio* DWE 2011, 9, 13; *Niedenführ* ZWE 2012, 476, 478.

²⁴ Im gerade zitierten Absatz der Gesetzesbegründung heißt es in BT-Drucks. 16/887, S. 29 weiter: „Sie dürfen nur keine Beschlüsse fassen, denen diese nicht zugestimmt haben. Fassen sie gleichwohl einen solchen Beschluss, so ist dieser anfechtbar, aber nicht unwirksam.“

vorliegt, nicht die Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung, sondern ist allein auf Anfechtung im gerichtlichen Verfahren zu klären. Mithin legt § 22 Abs. 1 WEG mit dem Zustimmungserfordernis nur einen besonderen Grund dafür fest, wann ein Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung widerspricht, nämlich wenn die beschlossene Baumaßnahme einen Eigentümer ohne dessen Zustimmung beeinträchtigt.

Den Verwalter treffen freilich Aufklärungspflichten. Insbesondere hat auf die Anfechtungsgefahr hinzuweisen, wenn er nach § 22 Abs. 1 WEG mit einfacher Mehrheit beschließen lässt und der Beschluss anfechtbar ist, weil ein Beeinträchtigter Eigentümer nicht zugestimmt hat.

b) Ex-Post: Gericht nach Anfechtung

Das Gericht hat den einschlägigen Tatbestand unter den Möglichkeiten von § 22 Abs. 1 – 3 WEG aufzuspüren und der Frage nachzugehen, ob dessen formelle und materielle Anforderungen gegeben sind. Insbesondere genügt für eine modernisierende Instandsetzung ein mit einfacher Mehrheit gefasster ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechender Beschluss. Eine Modernisierung ist von § 22 Abs. 2 WEG gedeckt, wenn die doppelt qualifizierte Mehrheit vorliegt und keine anderen Gründe der Rechtmäßigkeit entgegenstehen. Schließlich kann eine Modernisierungsmaßnahme sich aber auch nach § 22 Abs. 1 WEG als rechtmäßig darstellen, wenn nur eine einfache Mehrheit gegeben ist, der Beschluss sonst aber ordnungsmäßig ist, insbesondere weil alle durch die Maßnahme beeinträchtigten Eigentümer (inner- oder außerhalb der Versammlung) zugestimmt haben.

4. Kostenverteilung unter den Eigentümern

Die Kosten einer Modernisierungsmaßnahme fallen grundsätzlich nach § 16 Abs. 2 WEG allen Eigentümern gemeinschaftlich nach Miteigentumsanteilen zur Last. Jedoch kommt eine abweichende Bestimmung durch einen Beschluss nach § 16 Abs. 4 WEG in Betracht, auch kann die gesetzliche Ausnahme aus § 16 Abs. 6 WEG greifen. Inwieweit eine abweichende Kostenverteilung sachgerecht ist, hängt insbesondere davon ab, in wessen Interesse die Maßnahme durchgeführt wird. Die Maßnahme kann wie das Einpacken des (einzigen) Hauses allen dienen, aber auch allein den Bewohnern eines Hauses oder sonst einer Eigentümergruppe nützlich sein, schließlich im Interesse nur eines Eigentümers liegen, wenn er beispielsweise sein „gefangenes Bad“ mit einem Fenster ausstatten will.

a) Beschlussweise Abweichung im Einzelfall

§ 16 Abs. 4 WEG begründet Beschlusskompetenz, die Kosten einer Baumaßnahme im Einzelfall abweichend zu verteilen. Das dafür erforderliche Beschlussquorum entspricht dem des § 22 Abs. 2 WEG. Es bietet sich daher bei der Genehmigung von Modernisierungsmaßnahmen nach § 22 Abs. 2 WEG an, gleichzeitig eine Kostenregelung zu treffen, wenn die Kostenverteilung nicht dem allgemeinen Schlüssel folgen soll.

Problematisch ist allerdings, ob eine solche Regelung auch Folge Reparaturen erfasst, etwa spätere Reparaturen am eingebauten Fahrstuhl. Der Wortlaut des § 16 Abs. 4 WEG „Einzelfall“ spricht dagegen, weil eine spätere Reparatur nicht mehr die gleiche Baumaßnahme bedeutet wie der ursprüngliche Einbau.²⁵ Unter Hinweis auf den Sinn und Zweck von § 16 Abs. 4 WEG wird aber auch die Einbeziehung der Folgekosten vertreten.²⁶

b) Gesetzliche Entlastung nicht zustimmender Eigentümer

Nach § 16 Abs. 6 WEG treffen die Kosten und Folgekosten einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1 WEG denjenigen nicht, der der Maßnahme nicht zugestimmt hat. Diese Regelung ist – wie der BGH 2011 klargestellt hat – ihrem Wortlaut entsprechend auf Maßnahmen nach § 22 Abs. 1 WEG beschränkt, nicht auf Modernisierungen oder modernisierende Instandsetzungen zu erstrecken, die nach § 22 Abs. 2 oder 3 WEG beschlossen werden.²⁷ Diese Vorschrift eröffnet bei Maßnahmen, die nur einzelnen dienen, die Gestaltungsmöglichkeit, dass nur diese Begünstigten der Maßnahme zustimmen, die anderen Eigentümer entweder eine Stimmenthaltung erklären oder gar nicht mitstimmen. Bleibt der Mehrheitsbeschluss unangefochten, legitimiert der Beschluss die Baumaßnahme und folgt aus § 16 Abs. 6 WEG die Kostenentlastung derjenigen, die nicht für den Beschluss gestimmt haben.

Da § 16 Abs. 6 WEG für Beschlüsse über Modernisierungen nach § 22 Abs. 2 WEG nicht gilt, scheint das geschilderte Vorgehen im Hinblick auf einzelnützige Modernisierungen (Fenster für „gefangenes Bad“) nicht möglich. Denn eine Modernisierung im Sinne von § 22 Abs. 2 WEG liegt unabhängig davon vor, wie vielen Eigentümern die Maßnahme nutzt. Indes ist auch hier – vgl. oben unter II. 1. c) – daran zu erinnern, dass § 22 Abs. 2 WEG den Eigentümern lediglich weitere Möglichkeiten eröffnen, aber nicht nehmen möchte. Daher

²⁵ *Elzer*, in: *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl. 2010, § 16 Rn 98a; *Schmidt* ZMR 2007, 913, 915.

²⁶ *Becker*, in: *Bärmann*, WEG, 12. Aufl. 2013, § 16 Rn. 133; *Häublein* ZWE 2008, 368, 369.

²⁷ BGH NJW 2012, 603 = WuM 2012, 218 Rn. 4, 11.

sollte man auch zur Legitimation von Modernisierungen (anfechtbare) Beschlüsse nach § 22 Abs. 1 WEG zulassen, die die Kostenfolge aus § 16 Abs. 6 WEG äußern.

III. Zusammenfassung in Thesen

1. Durch die Novelle von § 577a BGB wird der Gestaltung nach dem „Münchener Modell“ ein Riegel vorgeschoben. Der Gestaltungspraxis werden aber neue Möglichkeiten unter Einschaltung von Personengesellschaften eröffnet.
2. Führt die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Modernisierungsmaßnahme durch, ist der einzelne vermietende Wohnungseigentümer wegen der auf ihn entfallenden Kosten zur Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB berechtigt.
3. Der Minderungsausschluss aus § 536 Abs. 1a BGB ist im Wohnungseigentumsrecht als Beschleunigungsgebot zur Bestimmung ordnungsmäßiger Verwaltung zu berücksichtigen. Der Minderungsausschluss entlastet auch die Gemeinschaft der Eigentümer, weil sie vom Regress des vermietenden Eigentümers nach § 14 Nr. 4 Halbs. 2 WEG verschont bleibt.
4. Die einzelnen Regelungen von Miete und Wohnungseigentumsrecht, die an bauliche Maßnahmen anknüpfen unterscheiden nicht einheitlich bestimmte Arten wie Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen. Soweit die Bestimmungen aufeinander Bezug nehmen, ist aber ein einheitliches Begriffsverständnis zu verwenden.
5. Der Verweis des wohnungseigentumsrechtlichen Modernisierungsbegriff auf § 555b Nr. 1 - 5 BGB ist ernst zu nehmen. Liegt danach eine Modernisierung vor, kann eine modernisierende Instandsetzung nach § 22 Abs. 3 WEG oder eine Modernisierung nach § 22 Abs. 2 WEG gegeben sein. Weitere Voraussetzungen dieser Bestimmungen grenzen nicht die Tatbestände voneinander ab, sondern stellen Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses dar.
6. § 22 Abs. 1 WEG enthält eine Beschlusskompetenz, jede Art von baulicher Maßnahme zu legitimieren. Da § 22 Abs. 2 WEG die Möglichkeiten im Falle von Modernisierungen nur erweitern will, kann auch nach § 22 Abs. 1 WEG über Modernisierungen beschlossen werden.

7. Modernisierungsmaßnahmen sind von Wohnungseigentümer aufgrund eines Beschlusses über die Maßnahme vom Mieter nach Maßgabe von § 555d BGB zuzulden.
8. Der Versammlungsleiter einer Eigentümerversammlung kann über eine Modernisierungsmaßnahme auch nach § 22 Abs. 1 WEG beschließen lassen. Der Beschluss bedarf dann nur einfacher Mehrheit, ist freilich anfechtbar, sofern Beeinträchtigte dem Beschluss nicht zugestimmt haben.
9. Die Kosten einer Modernisierungsmaßnahme sind grundsätzlich unter den Wohnungseigentümern nach § 16 Abs. 2 WEG zu verteilen. § 16 Abs. 4 WEG erlaubt die Kosten durch Beschluss anders zu verteilen, wobei die Beschlussmehrheit dem nach § 22 Abs. 2 WEG erforderlichen Quorum entspricht (doppeltqualifizierte Mehrheit). Eine Kostentlastung einzelner Eigentümer kann aus § 16 Abs. 6 WEG folgen, wenn über die Modernisierungsmaßnahme nach § 22 Abs. 1 WEG abgestimmt wird.