

Die Übertragung der Instandhaltungslast auf den einzelnen Eigentümer

I. Einleitende Hinweise

1. Die Begriffe Instandhaltung, Instandsetzung

Es geht in diesem Beitrag nicht nur um Instandhaltung, sondern auch um Instandsetzung. **Instandhaltung** sind Maßnahmen, die geeignet sind, um normale und verbrauchs- sowie gebrauchsbedingte Abnutzungserscheinungen zu beseitigen und vor drohenden Schäden zu schützen. Die Maßnahmen müssen dazu dienen, den bei der Begründung des Wohnungseigentums bestehenden technischen einwandfreien, gebrauchsfähigen Zustand sowie den bestimmungsgemäßen Gebrauch einer baulichen Anlage aufrecht zu erhalten. Dies geschieht durch pflegende, erhaltende und vorsorgliche Maßnahmen¹.

Demgegenüber versteht sich **Instandsetzung** im Grundsatz als Wiederherstellung des ursprünglichen ordnungsmäßigen Zustands.² Unter einer Instandsetzung lässt sich so die Beseitigung von größeren Schäden und Mängeln fassen, die z.B. durch Alterung, Abnutzung, Witterungseinflüsse (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV), unterlassene oder unzureichende Durchführungen der laufenden Instandhaltung oder durch Einwirkung Dritter entstanden sind oder auf außergewöhnlichen Umständen und Ereignissen beruhen.³

In der wohnungseigentumsrechtlichen Praxis findet i.d.R. keine klare Abgrenzung statt. Meist werden beide Begriffe ohne Problembewusstsein und unreflektiert im Einzelfall in einem Atemzug genannt. Anlass zu Fragen, ob eine Instandhaltung oder Instandsetzung gemeint sei, sind sehr oft Regelungen in der Gemeinschaftsordnung (GO), in der ohne Systematik entweder nur

¹ BayObLG, ZMR 2004, 607; OLG Hamm, ZWE 2002, 600; Hügel/Elzer, § 21 Rnr. 76

² OLG Hamm, ZWE 2009, 261; BayObLG, ZWE 2002, 222

³ Hügel/Elzer, § 21 Rn. 77; siehe zu den Begrifflichkeiten auch BGH vom 02.03.2012 - V ZR 174/11; BGH vom 06.04.2005 - XII ZR 158/01

von "Instandhaltung" oder nur von "Instandsetzung" die Rede ist. Sofern Bestimmungen in Gemeinschaftsordnungen nicht ausdrücklich zwischen beiden Begriffen unterscheiden, kann der Grundsatz aufgestellt werden: Wo nur von "Instandhaltung" die Rede ist, gilt dies aber auch für Instandsetzung.⁴

2. Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums

Es geht in diesem Beitrag nur um Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums. Für die Instandhaltung und Instandsetzung seines Sondereigentums ist jeder einzelne Eigentümer ohnehin verpflichtet, § 14 Nr. 1 WEG. Eine Ausnahme hiervon ist allenfalls dann gegeben, wenn z.B. bei Altenheimen oder Ferienhausanlagen oder Hotelanlagen jeder Eigentümer seine Wohnung/sein Appartement in die Gemeinschaft zur Nutzung einbringt, so dass ein Mietpool entsteht, der jeden Eigentümer verpflichtet, sein Sondereigentum und den Anteil am Gemeinschaftseigentum zentral durch einen Betreiber mieten zu lassen. In einem solchen Fall sieht die GO in der Regel vor, dass auch die Instandsetzung von Sondereigentum eine Angelegenheit der Gemeinschaft sei, und der Betreibervertrag, dass die Mieterin sowohl Gemeinschafts- als auch Sondereigentum instand zu setzen habe.

3. Übertragung Kostenlast - Instandhaltungslast

Der Beitrag unterscheidet zwischen der Übertragung der Kostenlast und der Übertragung der Instandhaltungslast auf die einzelnen Eigentümer. Diese Unterscheidung ist u.a. deshalb von erheblicher Bedeutung, weil rechtlich Übertragungsmöglichkeiten und die Entscheidungskompetenz der Wohnungseigentümer sehr unterschiedlich sind.

⁴ AG München vom 14.08.2013 - 482 C 14260/12; LG München I vom 04.02.2013 - 1 S 26400/11; LG München I, Urteil vom 01.12.2014 - 1 S 2016/14

II. Die Gesetzeslage

1. Eine Angelegenheit aller Wohnungseigentümer

Die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums ist eine Angelegenheit aller Wohnungseigentümer gem. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG, die hierüber mit Stimmenmehrheit beschließen, § 21 Abs. 3 WEG.⁵

2. Die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum

Die Abgrenzung zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum kann im Einzelfall problematisch sein.

Die Fenster und Wohnungseingangstüren sind zwingend Gemeinschaftseigentum.⁶ Bestimmungen in der GO, dass diese Bauteile Sondereigentum seien, sind nichtig; denn die Grenze zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum kann nur zugunsten des Gemeinschaftseigentums, nicht auch zu Ungunsten des Gemeinschaftseigentums verschoben werden.

Die Problematik kann daraus erwachsen, dass die Rechtsprechung ihre bis dato verfolgte Linie verlässt und z.B. ansatzlos feststellt, Heizkörper in den Wohnungen seien Sondereigentum.⁷

3. Die Aufgaben und Befugnisse des Verwalters

Der Verwalter hat als Geschäftsführer der Wohnungseigentümer und der rechtsfähigen Gemeinschaft das Recht und die Pflicht, die für die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums erforderlichen Maßnahmen zu treffen, § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG. Diese Bestimmung verleiht dem Verwalter

⁵ BGH vom 22.11.2013 - V ZR 46/10

⁶ BGH ZWE 2014, 125: Türen

⁷ BGH NJW 2011, 2958; kritisch v.a. Hügel/Elzer, § 5, Rnr. 40

nicht die Befugnis, etwa namens der Gemeinschaft Instandhaltungsverträge zu schließen. Diese Gesetzesbestimmung verpflichtet den Verwalter zu jährlichen Begehungen.⁸ Der Verwalter hat den Instandsetzungsbedarf zu ermitteln und das ermittelte Ergebnis zu dokumentieren. Nicht einmal zur Einstellung eines Sonderfachmanns namens der Gemeinschaft ist der Verwalter befugt. Er hat in diesen Fällen - soweit nicht der Verwaltervertrag anderes rechtswirksam bestimmt - einstweilen in seinem Namen tätig werdende Hilfskräfte hinzuzuziehen.⁹ Der Verwalter hat nach turnusmäßig durchgeführter Bedarfsermittlung für notwendig erachtete Eigentümerbeschlüsse zu initiieren. Er hat beauftragte Sanierungsarbeiten zu kontrollieren (Mängelerfassung), sofern die Eigentümer nicht einen Sonderfachmann mit den Leistungsphasen 8 und 9 des § 33 HOAI betraut haben.

Alles dies sind Aufgaben des Verwalters als Geschäftsführer der Gemeinschaft und der Wohnungseigentümer. Um die von ihm für notwendig erachteten Maßnahmen zur Ausführung zu bringen, sind Eigentümerbeschlüsse Voraussetzung.

Eine Ausnahme hiervon macht § 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG. Danach ist der Verwalter als Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet, in dringenden Fällen sonstige zur Erhaltung des Gemeinschaftseigentums erforderliche Maßnahmen zu treffen. Dieses Notgeschäftsführungsbefugnis, die zugleich eine Pflicht ist, setzt voraus, dass wegen der Eilbedürftigkeit eine vorherige Befassung der Wohnungseigentümer in einer Eigentümerversammlung nicht mehr möglich ist.¹⁰ Soweit der Verwalter als Vertreter der Gemeinschaft gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 WEG berechtigt ist, "die laufenden Maßnahmen der erforderlichen ordnungsmäßigen Instandhaltung und Instandsetzung" zu treffen, hat er ausnahmsweise Vertretungsmacht.¹¹ Die hier geregelte Befugnis betrifft vornehmlich Maßnahmen der Instandhaltung und nicht so sehr der Instandsetzung.¹²

⁸ BGH NJW 1993, 1782; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 885 zur Haftung des Verwalters nach § 838 BGB

⁹ LG Köln, ZWE 2012, 375

¹⁰ OLG Hamm, ZWE 2012, 415; LG Frankfurt/Oder, ZWE 2013, 219; LG München I, ZWE 2011, 42

¹¹ Hügel/Elzer, § 27 Rn. 112

¹² Hügel/Elzer, § 27 Rn. 115

4. Mangelverfolgung beim Kauf vom Bauträger

Als Besonderheiten der Aufgaben des Verwalters im Zusammenhang mit der Gewährleistung beim Kauf vom Bauträger sind zu nennen: Der Verwalter ist zur Fristenüberwachung wegen Mängelansprüchen bezüglich des Gemeinschaftseigentums verpflichtet. Dies ist leichter gesagt als getan; denn eine erfolgreiche Überwachungstätigkeit setzt die Kenntnis des Fristenbeginns voraus. Es stellt sich also u.a. die Frage, ob und wenn ja, wann das Gemeinschaftseigentum wirksam abgenommen wurde. Nahezu jede Bestimmung in den notariellen Erwerbsverträgen über die Bevollmächtigung eines Dritten zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums scheitert an § 307 Abs. 1 BGB (unangemessene Benachteiligung).¹³ Der Verwalter ist i.d.R. mit der ihm angetragenen Kontrolltätigkeit überfordert. Er sollte vielmehr einen Beschluss der Erwerber (Mitglieder der werdenden Gemeinschaft) herbeiführen, der die rechtliche Überprüfung der Situation durch einen Rechtsanwalt vorsieht.

5. Der Entscheidungsmarathon bei Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums

In der Rechtsprechung gilt der Grundsatz, dass nur die Wohnungseigentümer selbst über das "Ob" und "Wie" einer Instandsetzungsmaßnahme durch Mehrheitsbeschluss entscheiden.¹⁴

Dies vorangestellt sind Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung am Gemeinschaftseigentum grundsätzlich wie folgt einzuleiten und durchzuführen:

¹³ siehe hierzu beispielhaft: BGH, Beschluss vom 12.09.2013 - VII ZB 30/12, ZWE 2013, 455; Bevollmächtigung des vom Bauträger installierten ersten Verwalters zur Abnahme; OLG Frankfurt am Main vom 30.09.2013 - 1 U 18/12, ZWE 2013, 457

¹⁴ so schon BayObLG, ZWE 2005, 81; OLG Frankfurt am Main, ZWE 2009, 359; OLG Düsseldorf, ZWE 2007, 92; LG München I, ZWE 2011, 42; LG Hamburg, Urteil vom 10.04.2013 - 318 S 91/12; LG München I, Urteil vom 16.09.2013 - 1 S 21191/12; LG Berlin, Urteil vom 20.01.2015 - 55 S 130/14 WEG

- a) Der Verwalter ermittelt den Instandsetzungsbedarf, soweit dies ihm ohne nähere Untersuchungen und/oder Bauteilöffnungen möglich ist.
- b) Der Verwalter wirkt auf einen Beschluss hin, mit dem er ermächtigt wird, mehrere Angebote von in Betracht kommenden Fachingenieurbüros für die Instandsetzungsplanung einzuholen.
- c) Die Wohnungseigentümer beschließen über die Vergabe des Planungsauftrags und ermächtigen den Verwalter zum Abschluss eines Ingenieurvertrages.
- d) Das Ingenieurbüro nimmt eine Bestandsaufnahme (z.B. für eine Balkonsanierung) vor, erstellt die Sanierungsplanung, erstellt Leistungsverzeichnisse, holt Angebote von Bewerbern ein¹⁵ und erstellt einen Preisspiegel.
- e) Die Wohnungseigentümer beschließen über die Vergabe der Sanierung sowie über deren Finanzierung, auch über Beauftragung des Ingenieurbüros mit der Bauüberwachung.

Wird die Maßnahme auch nur zum Teil über Sonderumlage finanziert, im Übrigen durch Entnahme aus der Instandhaltungsrücklage, ist in der Regel sicherzustellen, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Sanierungsvertrages die Finanzierung gesichert ist. Dies ist wegen § 648 a BGB regelmäßig nur dann der Fall, wenn 110 % des Sanierungsvolumens gedeckt sind.¹⁶ Es ist ausnahmsweise vertretbar, für Finanzierungssicherheit erst nach Vertragsabschluss zu sorgen, wenn die Höhe des vertraglich vereinbarten Werklohns nur bei sofortiger Vergabe als gesichert gilt, die Maßnahme aber erst im folgenden Jahre durchgeführt werden soll und deshalb die Sonderumlage auch erst im folgenden Jahr fällig gestellt wird.

¹⁵ i.d.R. 3 Angebote, so LG München I, Urteil vom 06.10.2014; LG Dortmund, Urteil vom 21.04.2015 - 1 S 445/14: 3 Angebote ab einem Auftragsvolumen von ca. € 5.000,00; erneut LG München I, Urteil vom 06.07.2015 - 1 S 12587/14 WEG

¹⁶ s. hierzu BGH vom 17.10.2014 - V ZR 9/14

III. Die Übertragung der Kostenlast auf den einzelnen Eigentümer durch Beschluss?

1. Die Kostenlast aller Wohnungseigentümer nach Gesetz

Kraft Gesetzeslage sind Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums unter den Wohnungseigentümern nach dem gesetzlichen (§ 16 Abs. 2 WEG) oder nach dem davon abweichend vereinbarten Kostenverteilungsschlüssel zu verteilen. I.d.R. führt dies zu einer Kostenverteilung nach der Größe der Miteigentumsanteile.

2. Abweichung durch Beschluss?

Die Frage ist, ob die Wohnungseigentümer daran etwas ändern, davon etwas abweichendes beschließen können.

Die Wohnungseigentümer können weder den gesetzlichen noch den vereinbarten Kostenverteilungsschlüssel für Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums durch Beschluss ändern. Insoweit fehlt es ihnen an der erforderlichen Beschlusskompetenz.¹⁷ § 16 Abs. 3 WEG erlaubt nur eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels für Betriebskosten i.S.d. § 556 Abs. 1 BGB und für Kosten der Verwaltung, nicht für Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung. Sie können aber gem. § 16 Abs. 4 WEG in einem konkreten Einzelfall zur Instandhaltung oder Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums durch Beschluss die Kostenverteilung abweichend regeln, wenn der abweichende Maßstab dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs durch die Wohnungseigentümer Rechnung trägt. Der Beschluss zur Regelung der abweichenden Kostenverteilung bedarf allerdings einer Mehrheit von 3/4 aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer i.S.d. § 25 Abs. 2 WEG und mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile. Die vereinbarte Stimmkraft ist also nicht maßgebend. Es gilt insoweit das Kopfprinzip. Ein Beispiel: Der vereinbarte Kostenverteilungsschlüssel orientiert sich an den

¹⁷ BGH NJW 2000, 3500

Miteigentumsanteilen. Die Wohnungseigentümer beschließen über eine Instandsetzung der konstruktiven Bestandteile der Balkone. Nicht alle Wohnungen verfügen über einen Balkon. Deshalb sollen nur die Eigentümer von Balkonwohnungen zu den Kosten herangezogen werden, wobei sich die Kostenverteilung unter diesen Eigentümern nach der Größe der Miteigentumsanteile richten soll. Es sei hier dahingestellt, ob dieser Beschluss auch ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.¹⁸

Der Beitrag befasst sich nicht mit der Problematik der Inhalte des § 16 Abs. 4 WEG, da es hier nur um die grundsätzliche Frage geht, ob die Kostenlast auf den einzelnen Eigentümer, auf einzelne Eigentümer durch Beschluss übertragen werden kann. Ist ein solcher Beschluss gefasst, verbleibt die Verwaltungshoheit bei der Gemeinschaft. Die Wohnungseigentümer beschließen die Instandsetzungsmaßnahme als solche und den abweichenden Verteilungsschlüssel, so dass der Verwalter, der die Maßnahme namens der Gemeinschaft vergibt, der abweichenden Kostenverteilung erst in den Einzelabrechnungen des Jahres Rechnung trägt, in dem die Kosten angefallen sind.

Nicht berücksichtigt ist vorstehend die Möglichkeit, dass die GO selbst durch eine geeignete Öffnungsklausel die Kompetenz eröffnet, den vereinbarten Kostenverteilungsschlüssel durch Beschluss zu ändern.

IV. Die Übertragung der Instandhaltungslast auf den einzelnen Eigentümer durch Beschluss?

1. Der Konflikt mit § 27 Abs. 4 WEG

Der Verwalter hat gem. § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG die für die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums erforderlichen Maßnahmen zu treffen. § 27 Abs. 4 WEG bestimmt, dass die dem Verwalter nach den Absätzen 1 bis 3 zustehenden Aufgaben und Befugnisse selbst durch

¹⁸ BGH, Urteil vom 18.06.2010 - V ZR 164/09; NJW 2010, 2129, Rn. 25; NJW 2010, 2513, Rn. 17

Vereinbarung nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Einschränkung oder ein Ausschluss erst recht nicht durch Beschluss möglich ist. § 27 Abs. 4 ist also nicht dispositiv, ist zwingend. Die Übertragung der Instandhaltungslast auf den einzelnen Eigentümer schränkt die Aufgaben des Verwalters nicht ein und nimmt ihm keine Befugnis, wie sie in § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG geregelt sind. Denn: Der Verwalter hat kraft Gesetzes für die Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums zu sorgen. Er hat deshalb kraft Gesetzes die Wohnungseigentümer in die Lage zu versetzen, dass sie entsprechende Beschlüsse fassen können. Sind kraft Gesetzes immer alle Wohnungseigentümer "Ansprechpartner" für den Verwalter, ist es bei der teilweisen Übertragung der Instandhaltungslast der einzelne Eigentümer für "seinen" Bereich. Der Verwalter benötigt nicht das Forum Eigentümerversammlung, er genügt seiner Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums durch Aufforderung an die einzelnen Eigentümer, ihre Instandhaltungslast zu erfüllen. Um den Instandhaltungsbedarf durch einzelne Eigentümer z.B. für die Fenster feststellen zu können, hat der Verwalter die Pflicht und die Befugnis, gem. § 14 Nr. 4 WEG den Zutritt zu den Wohnungen zu verlangen. Im Fokus des Verwalters stehen nicht die Eigentümer in ihrer Gesamtheit für den selben Schaden am Gemeinschaftseigentum, sondern stehen die einzelnen Eigentümer für jeweils einen anderen Schaden am Gemeinschaftseigentum, in Summe natürlich wiederum alle. Die Regelungen zur Übertragung der Instandhaltungslast auf den einzelnen Eigentümer beschränken sich ohnehin nur auf Teile des Gemeinschaftseigentums im räumlichen Bereich der einzelnen Wohnung, im Umfeld der einzelnen Wohnung (Eingangstüre, Fenster, Balkon). Maßnahmen wie Fassaden-Sanierung, Dach-Sanierung, Instandsetzung oder Erneuerung der zentralen Heizungsanlage - um nur einige Beispiele zu nennen - werden von Regelungen zur Übertragung der Instandhaltungslast ohnehin nicht erfasst. Problematisch könnte die Schnittstelle "Balkon" sein. Aber

auch insoweit hat der BGH die Übertragung der Instandhaltungslast für zulässig erachtet, und zwar auch bezüglich der konstruktiven Bestandteile.¹⁹

Regelungen zur Übertragung der Instandhaltungslast auf alle Bereiche des gemeinschaftlichen Eigentums wären unwirksam. Solche Regelungen sind auch gar nicht bekannt. Ergo gerät eine Bestimmung zur gegenständlich eingeschränkten Übertragung der Instandhaltungslast auf den einzelnen Eigentümer nicht in Konflikt mit § 27 Abs. 4 WEG.

2. Nichtigte Beschlüsse der Vergangenheit

Es gibt zahlreiche Beschlüsse aus der Vergangenheit, mit denen z.B. festgelegt werden sollte, dass jeder Eigentümer zur Instandhaltung und Instandsetzung "seiner" Fenster auf eigene Kosten verpflichtet sei. Diese Beschlüsse datieren überwiegend aus der Zeit vor der Entscheidung des BGH vom 20.09.2000, aus einer Zeit also, als man weitgehend von der Wirksamkeit dieser Beschlüsse ausgegangen war, weil man die Beschlusskompetenz bejaht hat. Solche Beschlüsse sind aber nichtig.²⁰

Insoweit haben die Eigentümer, die beschlussgemäß verfahren sind, grundsätzlich gegen die Gemeinschaft Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 BGB. Insoweit gelten allerdings die Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB.²¹ Die zitierte Rechtsprechung zeigt auch, dass im Einzelfall der Verjährungseinwand an § 242 BGB scheitern könnte.

¹⁹ BGH vom 16.11.2012 - V ZR 9/12

²⁰ BGH NJW 2000, 3500

²¹ siehe hierzu OLG Hamburg vom 04.12.2009 - 2 Wx 34/09: im Fall verneinend; OLG Düsseldorf vom 26.05.2008 - 3 Wx 271/07; BayObLG vom 14.08.2003 - 2 Z BR 112/03 im Falle der "Gutgläubigkeit" - Vertrauen auf die Gültigkeit des Beschlusses; LG München I vom 06.02.2014 - 36 S 9481/13

V. Die Übertragung der Kosten- und Instandhaltungslast auf den einzelnen Eigentümer durch Vereinbarung

1. Klarheit und Eindeutigkeit - Fallbeispiele

Unbestritten sind solche Regelungen in der GO zulässig.²² Die Klauseln müssen eindeutig, klar und zweifelsfrei sein.²³ Fehlt es daran, ist die Gesetzeslage maßgeblich, § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG, § 16 Abs. 2 WEG). Die Auslegungsregeln sind zu beachten. Bei der Auslegung einer GO ist maßgebend auf den Wortlaut und den Sinn abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegend ergibt; Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.²⁴

Eindeutig und klar sind beispielsweise folgende **Kostentragungsregelungen**:

- "Die Sondereigentümer tragen die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster in ihren Einheiten".
- "Die Kosten der Behebung von Glasschäden an Fenstern im räumlichen Bereich des Sondereigentums trägt ohne Rücksicht auf die Ursache des Schadens der jeweilige Wohnungseigentümer."

Eindeutig und klar sind beispielsweise folgende Regelungen zur **Übertragung der Instandhaltungslast**:

- "Die Instandhaltung und Instandsetzung der Außenfenster samt Fensterrahmen und Rollläden im Bereich des Sondereigentums ist Sache des Wohnungseigentümers, die Erneuerung des Außenanstrichs der Fenster samt Rahmen und Rollläden bleibt aber Sache der Gemeinschaft."

²² BGH vom 04.03.2011 - V ZR 156/10: Kostenlast; BGH vom 16.11.2011 - V ZR 9/12: Instandhaltungslast

²³ LG Hamburg vom 19.06.2013 - 318 S 101/12; BGH vom 16.11.2012 - V ZR 9/12

²⁴ BGH NJW 2004, 3413; BGH vom 16.11.2012 - V ZR 9/12

- "Die Instandhaltung von Fenstern und Wohnungseingangstüren im räumlichen Bereich des Sondereigentums obliegt dem jeweiligen Sondereigentümer."
- "Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteile, die nach der Beschaffenheit oder nach dem Zweck des Bauwerks oder gemäß dieser Teilungserklärung zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind (z.B. Balkone, Terrassen, Stellplätze und Keller), sind vom ihm auf seine Kosten instand zu halten und instand zu setzen."

Kritisch zu bewerten sind folgende Regelungen:

- Eine in der Teilungserklärung getroffene Regelung, wonach Balkone, die zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind, auf dessen Kosten instand zu setzen und instand zu halten sind, ist nicht einschränkend dahin auszulegen, dass hiervon Kosten ausgenommen sind, die die im Gemeinschaftseigentum stehenden Balkenteile betreffen²⁵
- Weist die Gemeinschaftsordnung die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster nebst Rahmen im räumlichen Bereich des Sondereigentums den einzelnen Wohnungseigentümern zu und nimmt dabei den Außenanstrich aus, ist eine vollständige Erneuerung der Fenster im Zweifel Sache der Gemeinschaft.

2. Die Bedeutung von Maßnahmen der modernisierenden Instandsetzung, § 22 Abs. 3 WEG

Maßnahmen der modernisierenden Instandsetzung sind Instandsetzungsmaßnahmen. Sie können mehrheitlich beschlossen werden. Sie erschöpfen sich nicht in reiner Reproduktion - konservativer Instandsetzungsbegriff -, sondern sind unter bestimmten Voraussetzungen trotz höherer Kosten wie herkömmliche Instandhaltungsmaßnahmen zu bewerten. Nur beispielhaft sei der Austausch von maroden Holzfenstern gegen

²⁵ BGH vom 16.11.2012 - V ZR 9/12

Kunststofffenster erwähnt.²⁶ Mit der Übertragung der Instandsetzungslast und der damit einhergehenden Instandsetzungspflicht korrespondiert das Recht des einzelnen Eigentümers auf Instandsetzung. Kann nun der einzelne Eigentümer in Erfüllung seiner Instandsetzungspflicht "sein" marodes Holzfenster gegen ein Kunststofffenster austauschen? Bejaht man diese Frage, besteht die Gefahr der Entstehung einer höchst unterschiedlichen Fassadengestaltung, kann diese die Konsequenz der Übertragung der Instandsetzungslast auf den einzelnen Eigentümer sein.

Es wird in Zukunft notwendig sein, in die Regelung über die Übertragung der Instandsetzungslast auf den einzelnen Eigentümer ausdrücklich die Bestimmung aufzunehmen, dass der Eigentümer, der eine Maßnahme der modernisierenden Instandsetzung durchgeführt wissen will, zuvor die Eigentümerversammlung damit zu befassen hat. Nach § 21 Abs. 4 WEG hat der einzelne Eigentümer u. U. Anspruch auf eine modernisierende Instandsetzung.²⁷ Solange die Gemeinschaftsordnung sich mit dieser Thematik nicht befasst, wäre es auch vertretbar zu argumentieren, dass deshalb die Regelung über die Übertragung der Instandsetzungslast auf den einzelnen Eigentümer nicht eindeutig und klar sei, so dass es insgesamt bei der Gesetzeslage verbliebe.

Denkbar wäre auch, ohne dass dies die GO vorsehen müsste, einen "Vorschaltbeschluss" des Inhalts zu fassen, dass der einzelne Eigentümer im Rahmen seiner Instandsetzungsverpflichtung etwa bei Fensteraustausch bestimmte Vorgaben zu berücksichtigen habe, um ein einheitliches Fassadenbild zu gewährleisten.

3. Die Folgen wirksamer Übertragung der Kostenlast

Die Übertragung der Kostenlast hat keine organisatorischen Folgen. Die Wohnungseigentümer beschließen die Durchführung

²⁶ LG München I, NZM 2009, 868; BayObLG R 2005/266

²⁷ vgl. z.B. OLG R Schleswig, 2003, 451

der Maßnahme namens der Gemeinschaft, sie entscheiden weiterhin über das "Ob" und das "Wie".

Die Gemeinschaft tritt als Vertragspartner des Sanierungsunternehmens mit den Kosten in Vorlage (Instandhaltungsrücklage und Sonderumlage). In der Jahreseinzelnabrechnung wird der kostentragungspflichtige Eigentümer direkt belastet.²⁸ Es ist also nicht etwa so, dass schon die Finanzierung der Maßnahme durch den einzelnen Eigentümer erfolgt.

Das Gesagte gilt - je nach Reichweite der Kostenübertragungsregelung - nicht etwa nur für Kosten der Instandsetzung von Türen und Fenstern, sondern auch für die Instandsetzung von Balkonen, Terrassen und sonstigen Gegenständen, die nicht dem direkten Zugriff des Sondereigentümers unterliegen.²⁹

4. Die Folgen wirksamer Übertragung einer Instandsetzungslast

- a) Der einzelne Eigentümer trifft die Entscheidung über das "Ob", "Wann" und "Wie". Bei der Annahme, dass z.B. jeder Eigentümer verpflichtet ist, "seinen" Balkon instand zu setzen, ist eine permanent eingerüstete Fassade die Folge, mit der weiteren Konsequenz von Mietminderungen bei Vermietung. Der einzelne Eigentümer hat nach aller Erfahrung das Bestreben, bei der Festlegung des "Wie" kostensparenden Gedanken zu folgen (nicht ordnungsmäßige Instandsetzung des Balkons). Hier ist noch eine klärende Rechtsprechung zu wünschen, die die Folgen der vereinbarten Übertragung der Instandsetzungslast im Interesse der Gemeinschaften im Zaume hält. So ist ein Beschluss vorstellbar, der eine bestimmte - auch zeitlich orientierte - Vorgehensweise bei einer Balkon-Sanierung festlegt und koordinierte Schritte vorschreibt.

- b) Die Wohnungseigentümer verlieren nach h.M. weitgehend die Beschlusskompetenz. Es gibt danach keine komplementäre

²⁸ BGH vom 03.04.2011 - V ZR 156/10

²⁹ BGH vom 16.11.2012 - V ZR 9/12

Beschlusskompetenz für Entscheidungen über Instandsetzungsmaßnahmen insbesondere bei Säumigkeit des einzelnen Eigentümers.³⁰

Die Wohnungseigentümer können also keine "Ersatzvornahme" bei Säumigkeit beschließen. Ihre Beschlusskompetenz besteht nur insoweit, als sich der Beschluss in der an den betroffenen Eigentümer gerichteten Aufforderung zur Instandsetzung erschöpft.

Das Landgericht Hamburg³¹ geht vom Verlust jeder Verwaltungszuständigkeit der Wohnungseigentümer aus. Sie sollen also nicht einmal den Beschluss fassen können, der betroffene Eigentümer möge doch endlich seine Pflicht zur Instandsetzung erfüllen.

Bei Annahme dieser sehr eingeschränkten Beschlusskompetenz bleibt der Trost, dass das auf Klage hin ergehende Urteil, mit dem der betroffene Eigentümer zur Instandsetzung z.B. "seines" Balkons verpflichtet wird, vollstreckungsfähig ist. Ist die betroffene Wohnung eigengenutzt, kann sich die Gemeinschaft als Titelgläubigerin gem. § 887 ZPO durch Gerichtsbeschluss ermächtigen lassen, anstelle des verurteilten Wohnungseigentümers die Instandsetzungsmaßnahme selbst durchführen zu lassen. Dieser Antrag wäre mit dem weiteren Antrag zu verbinden, dass das Gericht den verurteilten Eigentümer zur Zahlung eines Betrages in Höhe der voraussichtlichen Instandsetzungskosten verpflichtet.

Ist die Wohnung vermietet, findet die Zwangsvollstreckung gem. § 888 ZPO statt, kann der betroffene Eigentümer nur durch Androhung von Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft zur Befolgung des Urteils angehalten werden.

Vor diesem Hintergrund hat die zitierte Rechtsprechung zu überdenken, ob nicht doch zumindest dann eine komplementäre Beschlusskompetenz zu bejahen ist, wenn der betroffene

³⁰ LG München I vom 05.11.2012 - 1 S 1504/12; BGH vom 08.02.2013 - V ZR 238/11 zu Maßnahmen am Sondereigentum

³¹ LG Hamburg vom 09.04.2014 - 318 S 133/13

Eigentümer seine Instandsetzungspflicht nachhaltig nicht erfüllt, die Erfüllung sogar nachhaltig verweigert. Dies zu postulieren ist schließlich deshalb gerechtfertigt, weil andernfalls bei Häufung der Säumigkeitsfälle das Gemeinschaftseigentum gefährlich zu verrotten droht.

VI. Sonderfall - Fehlgeschlagene Sondereigentumszuweisungen

Nicht selten anzutreffen ist der Beschrieb in der Teilungsurkunde, Fenster seien Sondereigentum. Da dieser Beschrieb ohnehin nur deklaratorischen Charakter hat und deshalb rechtlich bedeutungslos ist, und weil nicht vereinbart werden kann, dass Teile, die zwingend Gemeinschaftseigentum sind, Sondereigentum sein sollen³² ist wohl zu fragen, ob mit der rechtlich gescheiterten Zuordnung zum Sondereigentum nicht jedenfalls vereinbart ist, dass der einzelne Eigentümer zur Instandhaltung und Instandsetzung z.B. "seiner" Fenster verpflichtet sei oder dass der einzelne Eigentümer nicht jedenfalls die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung "seiner" Fenster allein zu tragen habe.

Diese Umdeutung wird vereinzelt bejaht. Nach hier vertretener Auffassung ist eine Umdeutung nur ausnahmsweise und nur in Richtung "Übertragung Kostenlast" gestattet, nämlich dann, wenn zweifelsfrei davon auszugehen ist, dass bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Regelung der durch Umdeutung ermittelte Inhalt Geltung haben sollte.³³ Die Umdeutung kann z.B. dann anzuwenden sein, wenn die Gemeinschaftsordnung (in Wiederholung der Gesetzeslage) nochmals ausdrücklich bestimmt, dass jeder Eigentümer sein Sondereigentum instand zu halten und instand zu setzen habe.³⁴

³² BGH vom 25.10.2013 - V ZR 212/12

³³ Spielbauer/Then, § 16 Nr. 13

³⁴ so auch LG Dortmund, Urteil vom 01.04.2014 - 1 S 178/13