

MÜLLER & HILLMAYER

RECHTSANWÄLTE
KANZLEI FÜR PRIVATES IMMOBILIENRECHT

MARIA-THERESIA-STR. 32, D-81675 MÜNCHEN (BOGENHAUSEN)
TELEFON 089/99 83 88-0, FAX 089/98 16 36
kanzlei@mueller-hillmayer.de www.mueller-hillmayer.de

RAe Müller & Hillmayer, Postfach 86 05 27, D-81632 München

Deutscher Mieterbund e.V.
z.H. Herrn Eisenschmid
Littenstraße 10

10179 Berling

Per Email / norbert.eisenschmid@mieterbund.de

Weimarer Immobilienrechtsatage

HORST MÜLLER
Rechtsanwalt

JÜRGEN HILLMAYER
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

BEATE MÜLLER
Rechtsanwältin und Fachanwältin für
Miet- und Wohnungseigentumsrecht

HENRIKE BUTENBERG
Rechtsanwältin und Fachanwältin für
Miet- und Wohnungseigentumsrecht

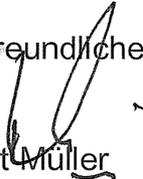
LARS RAMPP LL.M.
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Miet- und Wohnungseigentumsrecht

München, den 09.11.2011
Unser Zeichen: 43/11M01 hp
D21/33502
Sekretariat: 99 83 88 10

Lieber Herr Eisenschmid,

beigefügt ist mein Skript zum Referat.

Mit freundlichen Grüßen


Horst Müller
Rechtsanwalt

Die WEG-Beschlüsse zur Modernisierung und Instandsetzung

I. Die Begriffe und Grundzüge

1. Die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums, § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG

Weit verbreitet ist die Ausgangsüberlegung, Instandhaltung und Instandsetzung seien zwar nicht identisch, einer Unterscheidung in der Rechtsanwendung bedürfe es jedoch nicht. Weder ist dies so, noch muss dies in jedem Einzelfall so bleiben. Das WEG verwendet meist beide Begriffe zugleich (§ 21 Abs. 5 Nr. 2; § 27 Abs. 1 Nr. 2 oder § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 3). In § 14 Nr. 1 WEG verpflichtet es den einzelnen Wohnungseigentümer lediglich zur **Instandhaltung** seines Sondereigentums, nicht auch zur **Instandsetzung**. Warum dies so ist, ist an keiner Stelle erklärt. Es heißt lediglich, obwohl das Gesetz nur von „Instandhaltung“ spreche, könne die Pflicht auch „Instandsetzungsmaßnahmen“ einschließen.¹

§ 21 Abs. 5 Nr. 4 und § 28 Abs. 1 Nr. 3 sprechen nur von der „Instandhaltungsrückstellung“. Völlig unstrittig ist, dass die in der „Instandhaltungsrückstellung“ - auch „Instandhaltungsrücklage“ genannt - gesammelten Gelder auch zur Finanzierung von Instandsetzungsmaßnahmen verwendet werden können.²

Gerade im Zusammenhang mit der Anwendung des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 wird es sich bei den dort genannten laufenden Maßnahmen der erforderlichen ordnungsmäßigen Instandhaltung und Instandsetzung de facto i.d.R. nur um Maßnahmen der Instandhaltung handeln. Bestimmt eine Gemeinschaftsordnung, dass mit dem Sondernutzungsrecht an einer Terrasse und/oder Gartenfläche die Pflicht des Sondernutzungsberechtigten zur Instandhaltung dieser Fläche verbunden sei, oder dass die Eigentümer von Stellplätzen in der Tiefgarage zur Instandhaltung auch der Fahrstraßen verpflichtet seien, dann ist die Pflicht auf Maßnahmen der Unterhaltung beschränkt.

¹ Klein in Bärman, § 14 Rnr. 26

² Merle in Bärman, § 21 Rnrn. 119 und 130

Terrasse und Garten sind zu pflegen, nur die Unterhaltung des Oberbelags der Fahrstraßen ist Sache der Stellplatzeigentümer und nicht aller Eigentümer. Die Instandsetzung konstruktiver Bestandteile des gemeinschaftlichen Eigentums ist nicht erfasst.

Der Gesetzgeber trifft also bewusst die Unterscheidung. Dies wird gerade im Grenzbereich zwischen modernisierender Instandsetzung und baulicher Veränderung / Modernisierung deutlich. Somit ist schon eine kurze Definition angezeigt.

- a) „Instandhaltung“ betrifft alle Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, den bestehenden Zustand der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Einrichtungen und Anlagen zu erhalten.
- b) „Instandsetzung“ betrifft hingegen alle Maßnahmen zur Wiederherstellung eines früheren Zustandes oder zur erstmaligen Herstellung eines ordnungsmäßigen Zustands.

Ob ordnungsmäßige Instandhaltung oder ordnungsmäßige Instandsetzung in Frage steht, über Maßnahmen beider Kategorien entscheiden die Wohnungseigentümer durch Beschluss mit Stimmenmehrheit, § 21 Abs. 3 WEG.

2. Die klassische bauliche Veränderung gemäß § 22 Abs. 1 WEG

- a) Auch bauliche Veränderungen im Sinne dieser Bestimmung sind einem Mehrheitsbeschluss zugänglich. Die Mehrheit genügt, wenn dem Beschluss alle Wohnungseigentümer zugestimmt haben, die im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG einen nicht hinzunehmenden Nachteil erleiden. Maßgeblich ist die vereinbarte, also in der Gemeinschaftsordnung festgelegte Stimmkraft. Das gesetzliche Kopfprinzip gemäß § 25 Abs. 2 WEG kommt nur zur Anwendung, wenn die Gemeinschaftsordnung weder das Objekt- noch das Wertprinzip einführt.

Es wird an dieser Stelle die kontroverse Diskussion in der Literatur ausgeklammert, ob bauliche Veränderungen nur durch einen Beschluss legitimiert werden können und nicht auch durch Zustimmung außerhalb einer Beschlussfassung.³

Ein sogenannter Minderheitenbeschluss ist unzureichend, auch wenn mit ihm alle benachteiligten Wohnungseigentümer zugestimmt haben. Die Zustimmung nur der Wohnungseigentümer, die durch die zu beschließende bauliche Veränderung beeinträchtigt werden, reicht nicht aus, wenn diese nicht zugleich die Mehrheit der in der beschlussfähigen Eigentümerversammlung erschienenen stimmberechtigten Wohnungseigentümer repräsentieren.⁴

Der Minderheitenbeschluss, mit dem alle benachteiligten Wohnungseigentümer zugestimmt haben, begründet allerdings den Anspruch auf Fassung eines Mehrheitsbeschlusses. Anspruchsinhaber sind dann die bauwilligen Wohnungseigentümer. Der Anspruch richtet sich gegen die nicht beeinträchtigten Wohnungseigentümer.

- b)** Beschließen die Wohnungseigentümer eine bauliche Veränderung, sind i.d.R. nicht nur einige, sondern entweder alle Wohnungseigentümer oder keiner von ihnen im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG beeinträchtigt. Sind alle beeinträchtigt, wäre an sich ein Beschluss erforderlich, dem alle Wohnungseigentümer zustimmen.
 - aa)** Ein Beispielsfall aus der jüngeren Rechtsprechung, in dem kein Wohnungseigentümer beeinträchtigt wurde: Ein Wohnungseigentümer beantragte die Zustimmung seiner Miteigentümer zum nachträglichen Einbau einer Videoanlage im gemeinschaftlichen Klingeltableau, bei der die Kamera nur durch Betätigung der Klingel aktiviert wird, eine Bildübertragung allein in der Wohnung erfolgt, bei der

³ s.o. Merle in Bärman, § 22 Rnr. 119 ff.; a.A. Häublein, ZMR 2007, 409 [420]; ders. NZM 2007, 752; Armbrüster, ZWE 2007, 384 ff.; ders. ZWE 2008, 63 ff.; Jennißen/Hogenschurz, § 22, Rnr. 13, 29

⁴ Merle in Bärman, § 22 Rnr. 135

geklingelt wurde, die Bildübertragung nach spätestens 1 Minute unterbrochen wird und die Anlage nicht das dauerhafte Aufzeichnen von Bildern ermöglicht. Mangels Beeinträchtigung bejaht das Gericht den Anspruch auf Zustimmung.⁵

- bb)** Typische Beispiele für eine Beeinträchtigung aller Wohnungseigentümer sind etwa die von einem Wohnungseigentümer gewünschte Vergrößerung seines Fensters, der Umbau eines Fensters zu einer Balkontüre (sogenannte eigennützige bauliche Veränderung) oder die Umgestaltung einer Parkfläche im Hof zu einer Grünfläche.
- c)** Haben nicht alle beeinträchtigten Wohnungseigentümer im Beschluss zugestimmt, haben diese die Möglichkeit einer erfolgreichen Beschlussanfechtung. Sie müssten in ihrer Klage lediglich plausibel vortragen, die beschlossene Maßnahme sei eine bauliche Veränderung im Sinne von § 22 Abs. 1 WEG und sie seien im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG beeinträchtigt. Zur Frage der Beeinträchtigung an dieser Stelle nur so viel: Haben die Wohnungseigentümer z.B. dem Umbau eines Fenster zur Balkontüre mehrheitlich zugestimmt, sind nicht etwa nur die Eigentümer von Wohnungen im selben Gebäude beeinträchtigt oder nur die Wohnungseigentümer, die beim Weg in ihre Wohnung die Fassadenänderung wahrnehmen können, sondern alle Wohnungseigentümer aller Gebäude.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Versammlungsleiter bei anzunehmender Beeinträchtigung aller Wohnungseigentümer überhaupt einen positiven Mehrheitsbeschluss verkünden darf. Die Beschlussverkündung des Versammlungsleiters wirkt konstitutiv.⁶

⁵ BGH ZMR 2011, 734

⁶ BGH NJW 2001, 3339

Sie alleine entscheidet über das Zustandekommen eines Beschlusses, so dass ein nicht angefochtener verkündeter Mehrheitsbeschluss die beschlossene bauliche Veränderung legitimiert.

Nach hier vertretener Auffassung darf der Versammlungsleiter einen positiven Mehrheitsbeschluss verkünden, auch wenn die Gefahr besteht, dass nicht alle benachteiligten Wohnungseigentümer im Beschlussverfahren zugestimmt haben. Zur Vermeidung einer Verwalterhaftung - der Verwalter ist i.d.R. der Versammlungsleiter - und zur Vermeidung der Anwendung des § 49 Abs. 2 WEG im etwa nachfolgenden Beschlussanfechtungsrechtsstreit ist der Verwalter allerdings gehalten, vor Beginn des Abstimmvorgangs auf das Anfechtungspotential zu Protokoll hinzuweisen. Der Verwalter ist nicht verpflichtet zu überprüfen, wer von den Wohnungseigentümern beeinträchtigt ist und zustimmen müsste. Dies ist sehr oft, wenn nicht gar i.d.R. eine im nachfolgenden Anfechtungsprozess von Juristen zu klärende, schwierige Frage.

Das „Dürfen“ schließt nicht aus, dass der Versammlungsleiter auch die Ablehnung des Beschlussantrags, also einen Negativbeschluss verbunden mit dem Hinweis verkünden darf, dass mangels Zustimmung aller Wohnungseigentümer und wegen der wahrscheinlichen Beeinträchtigung aller Wohnungseigentümer Alle hätten zustimmen müssen. Dies nimmt dem Verwalter jede weitergehende Verantwortung, entfacht allerdings oftmals Streit.

3. Die modernisierende Instandsetzung, § 22 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG

- a) Schon seit vielen Jahren haben Literatur und Rechtsprechung den herkömmlichen Instandsetzungsbegriff erweitert. Man spricht von modernisierender Instandsetzung. Mit der Novellierung des WEG wollte der Gesetzgeber an dieser Entwicklung festhalten. Dies ist durch § 22 Abs. 3 WEG geschehen. Zur Vermeidung eines Missverständnisses sei für juristische Laien

hervorgehoben, dass sich die „modernisierende Instandsetzung“ von der „Modernisierung“ des § 22 Abs. 2 WEG klar unterscheidet.

Die modernisierende Instandsetzung setzt unabdingbar voraus, dass ein konkreter Instandsetzungsbedarf besteht oder ein solcher absehbar ist. Daraus lässt sich bereits hier ableiten, dass die gleiche Maßnahme im Falle eines Instandsetzungsbedarfs modernisierende Instandsetzung ist und beim Fehlen eines Instandsetzungsbedarfs eine Modernisierung sein kann. Beschließen die Wohnungseigentümer den Austausch aller Holzfenster gegen Kunststofffenster, obwohl die Holzfenster noch voll funktionsfähig sind, allenfalls eines neuen Lasuranstrichs bedürfen, dann beschließen die Wohnungseigentümer damit eine Modernisierung.

- b)** Die Abgrenzung zwischen modernisierender Instandsetzung einerseits und baulicher Veränderung, insbesondere Modernisierung andererseits ist für die Entscheidungsfindung der Wohnungseigentümer von größter Bedeutung.

Wo immer es um „Instandsetzung“ geht, also auch um modernisierende Instandsetzung, beschließen die Wohnungseigentümer hierüber mit Stimmenmehrheit gemäß § 21 Abs. 3 WEG. Solche Beschlüsse können nicht erfolgreich angefochten werden, wenn sie ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen und nicht über andere Beschlussmängel verfügen.

Beschließen die Wohnungseigentümer eine bauliche Veränderung im klassischen Sinne oder eine Modernisierung, müssen neben der Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung entweder alle benachteiligten Wohnungseigentümer zugestimmt haben (§ 22 Abs. 1) oder muss die in § 22 Abs. 2 normierte doppelte qualifizierte Mehrheit erreicht sein, um zur Unanfechtbarkeit gelangen zu können.

- c)** Die Kriterien, die bei bestehendem oder absehbarem Instandsetzungsbedarf für eine modernisierende Instandsetzung sprechen, sind im Wesentlichen folgende:
- aa)** Die Entscheidung für den Abschied von bloßer Reproduktion liegt in der Tatsache begründet, dass die beabsichtigte Maßnahme eine aktuell technisch bessere und wirtschaftlich sinnvollere Lösung ist.
 - bb)** Als Orientierung mag der derzeitige Stand der Technik dienen, der die Nutzung der Vorteile neuer technischer Einrichtungen ermöglicht.
 - cc)** Nach einhelliger Meinung ist Maßstab der „vernünftige, wirtschaftlich denkende und erprobten Neuerungen gegenüber aufgeschlossene Hauseigentümer“, der Alterungserscheinungen und Wertverluste vermeiden will.
 - dd)** Die beschlossene Instandsetzungsmaßnahme darf höhere Kosten auslösen, als sie entstünden, wenn man bei der Reproduktion verbliebe. Eine Kosten-/Nutzungsanalyse ist angezeigt. Die Rechtsprechung hat sich auf einen Amortisationszeitraum von etwa 10 Jahren eingependelt.
 - ee)** Längere Zeiträume werden nötig sein, wenn die beschlossene Maßnahme auch der langfristigen Sicherung des Energiebedarfs, der Umweltverträglichkeit und dem Klimaschutz dienen soll.
 - ff)** Schließlich können steuerliche Vorteile und die Bewilligung von Fördermitteln mit entscheidend sein.

- d)** Markante Beispiele aus der Rechtsprechung seien genannt:
- aa)** Flachdachsanieierung durch Herstellung eines Pult- oder flachgeneigten Kupferdachs⁷ oder anlässlich der Instandsetzung eines Flachdachs Entfernung des Umkehrdachs, bei dem die Abdichtung unter der Wärmedämmung liegt, im Austausch gegen eine übliche Flachdachkonstruktion mit Gefälle zu den Dacheinläufen⁸
 - bb)** Fassadensanieierung mit Wärmedämmverbundsystem⁹
 - cc)** Austausch von Holzfenstern gegen Kunststofffenster¹⁰
 - dd)** Umstellung von Öl auf Gas oder von Öl auf Fernwärme¹¹
 - ee)** Umrüstung von gemeinschaftlicher Antennenanlage auf Breitbandkabel oder Parabol¹²
- f)** Bei folgenden Maßnahmen wird eine modernisierende Instandsetzung beispielhaft verneint:
- aa)** Errichtung einer Solaranlage zur Warmwasseraufbereitung oder einer Photovoltaikanlage zur Stromgewinnung¹³

⁷ BayObLG, WE 1991, 196

⁸ KG, ZMR 1989, 229

⁹ BayObLG, NZM 2002, 75; OLG Düsseldorf, NZM 2002, 704; NZM 2000, 554; OLG Hamm, ZMR 2007, 131

¹⁰ BayObLG WE 1992, 50; OLG Köln, ZMR 1998, 49

¹¹ BayObLG, WE 1989, 212: Umstellung von Öl auf wahlweise Heizöl oder Erdgas; KG, WuM 1993, 427; BayObLG, ZWE 2002, 315; OLG Düsseldorf, ZWE 2002, 477; OLG Hamm, ZWE 2002, 600; OLG Celle, WE 1993, 224; OLG Hamburg, ZMR 2005, 803; aktuell: LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2011, 750; LG Koblenz, ZWE 2009, 282: Umrüstung einer Ölheizung auf Gas-Brennwertkessel

¹² Merle in Bärmann, § 21 Rnr. 105, 106, 107

¹³ BayObLG, FGPrax 2005, 108

bb) Errichtung eines Blockheizkraftwerks¹⁴

cc) Umstellung einer Antennenanlage zum analogen Empfang von Sendungen auf den Empfang des digitalen Antennenfernsehens DVB-T, da Nachteile gegenüber dem Breitbandkabel oder Parabol entstehen könnten, nämlich: begrenzte Empfangsmöglichkeiten, standortbedingte Störanfälligkeiten etc.¹⁵

4. Die Modernisierung - sogenannte privilegierte bauliche Veränderung - § 22 Abs. 2 WEG

a) Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 22 Abs. 2 WEG i.V.m. § 559 Abs. 1 BGB (mietrechtlicher Modernisierungsbegriff) setzen keinen Instandsetzungsbedarf voraus. Beschließen die Wohnungseigentümer eine Modernisierungsmaßnahme anlässlich eines akuten Instandsetzungsbedarfs (z.B. Fassadensanierung mittels Installierung eines Wärmedämmverbundsystems), benötigen sie nicht die für eine Modernisierungsmaßnahme notwendige doppelte qualifizierte Mehrheit. Es genügt Stimmenmehrheit, weil i.d.R. eine Instandsetzungsmaßnahme zu vermuten ist.

b) § 22 Abs. 2 WEG verlangt ein Quorum - auch doppelte qualifizierte Mehrheit genannt -. Soweit hier drei Viertel aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer gefordert sind, zeigt der Bezug auf § 25 Abs. 2 WEG, dass hier die in der Gemeinschaftsordnung vereinbarte Stimmkraft nicht maßgeblich ist. Es gilt unabdingbar stets das gesetzliche Kopfprinzip.

Hinzu kommt, dass mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile notwendig sind.

¹⁴ LG Koblenz, ZWE 2009, 282

¹⁵ Wenzel, ZWE 2007, 181

- c) Anders als bei § 22 Abs. 1 WEG ist der Versammlungsleiter zur Vermeidung seiner Haftung in jedem Falle gehalten, bei Nichterreichen des Quorums zu verkünden, dass der Beschluss abgelehnt sei. Anders als bei § 22 Abs. 1 WEG geht es hier nicht um eine vergleichbare Bewertungsfrage (Benachteiligung einer, aller Wohnungseigentümer?), sondern um das gesetzlich verankerte Gebot der doppelten qualifizierten Mehrheit. Wo das Gesetz ein Quorum verlangt, ist es dem Versammlungsleiter versagt, bei Nichterreichen gleichwohl einen positiven Beschluss zu verkünden. Auch hier sei allerdings zur Vermeidung eines Missverständnisses gesagt: § 22 Abs. 2 WEG gibt den Wohnungseigentümern eine Beschlusskompetenz für Modernisierungsmaßnahmen. Wenn der Versammlungsleiter also trotz Nichterreichens des Quorums gleichwohl einen positiven Beschluss verkündet, ist der Beschluss ungeachtet seiner Anfechtbarkeit gültig.
- d) Nun wird diskutiert, ob nicht die Möglichkeit bestehe, eine beabsichtigte Modernisierungsmaßnahme dann gemäß § 22 **Abs. 1** WEG zu beschließen, wenn das Quorum verfehlt wird. Zuzugeben ist, dass auch Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 22 Abs. 2 WEG i.V.m. § 559 Abs. 1 BGB sogenannte bauliche Veränderungen sind. Sie sind durch § 22 Abs. 2 WEG gegenüber der klassischen baulichen Veränderung des § 22 Abs. 1 WEG, die keine Modernisierung ist, lediglich dadurch privilegiert, dass es beim Erreichen des Quorums nicht mehr darauf ankommt, ob alle benachteiligten Wohnungseigentümer zugestimmt haben. Ergo bietet sich auf den ersten Blick an, bei Verfehlen des Quorums gemäß § 22 Abs. 1 WEG zu verfahren. Hier würde ein vom Versammlungsleiter zu verkündender Mehrheitsbeschluss genügen.

Der Gedanke ist indes nicht zielführend, weil es einen § 16 Abs. 6 S. 1 WEG gibt. Danach haben sich bei baulichen Veränderungen gemäß § 22 Abs. 1 WEG nur diejenigen

Wohnungseigentümer an den entstehenden Kosten zu beteiligen, die der Maßnahme zugestimmt haben.

Es ist anzunehmen, dass diese Rechtsfolge von den Wohnungseigentümern nicht gewünscht ist, die eine Modernisierungsmaßnahme über § 22 Abs. 1 WEG beschließen wollen. Ergo bliebe den Wohnungseigentümern nichts anderes übrig, als in Anwendung des § 16 Abs. 4 WEG einen von § 16 Abs. 6 S. 1 WEG abweichenden Kostenverteilungsschlüssel durch Beschluss festzulegen. Da aber § 16 Abs. 4 WEG dasselbe Quorum vorsieht wie § 22 Abs. 2 WEG, hilft es in diesen Fällen nicht, einen Beschluss gemäß § 22 Abs. 1 WEG fassen zu wollen.

II. Die Modernisierung in der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 18.02.2011 - V ZR 82/10)

Sinn dieses Referats ist es nicht, im Einzelnen wohnungseigentumsrechtlich die Modernisierungsfälle anhand des § 559 Abs. 1 BGB herauszuarbeiten. Zur Klarstellung sei lediglich darauf verwiesen, dass sich die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer nicht auf Modernisierungsmaßnahmen in den Wohnungen erstreckt. Insoweit ist die Heranziehung der mietrechtlichen Regelung des § 559 Abs. 1 BGB versagt.

Spannung besteht jedoch deshalb, weil nach der Rechtsprechung des BGH der wohnungseigentumsrechtliche Modernisierungsbegriff ungeachtet der Abgrenzung zwischen gemeinschaftlichem Eigentum und Sondereigentum vom mietrechtlichen abweicht, und weil der Entwurf des in der Diskussion befindlichen Mietrechtsänderungsgesetzes einen neuen Modernisierungsbegriff einführt.

1. Nach der Rechtsprechung des BGH gibt die von § 22 Abs. 2 WEG angeordnete entsprechende Heranziehung des § 559 Abs. 1 BGB Raum für eine großzügigere Handhabung des Modernisierungsbegriffs¹⁶

¹⁶ BGH, ZMR 2011, 490

Der Fall des BGH, soweit hier von Interesse: Die Wohnungseigentümer einer Reihenanlage hatten vor Jahren im Zuge der Umstellung ihres Heizungssystems die Verschließung der jeweils zwei Reihenhäuser versorgenden Kamine beschlossen. Nunmehr wollten sie es dem einzelnen Wohnungseigentümer ermöglichen, als zweite Heizquelle die Kamine wieder in Funktion zu setzen (z.B. Kachelofen, offener Kamin). Der Beschluss beinhaltete zusätzlich: Wer von der neuen Nutzungsmöglichkeit Gebrauch mache, trage die insoweit entstehenden Kosten.

Der BGH sah in der Wiederherstellung der Kamine eine Modernisierungsmaßnahme. Die tragenden Gründe waren:

Zweifelsfrei liege in der ermöglichten Maßnahme eine nachhaltige Gebrauchswerthöhung. Ungeachtet dessen gebe die entsprechende Heranziehung der mietrechtlichen Regelung des § 559 Abs. 1 BGB im WEG-Recht zu einer großzügigeren Handhabung des Modernisierungsbegriffs Anlass. Zum einen kämen den Wohnungseigentümern auch solche Verbesserungen zugute, von denen im Mietrecht nur der Vermieter, nicht aber auch der Mieter profitiere. Zum anderen bestehe das gesetzgeberische Anliegen darin, den Wohnungseigentümern die Befugnis einzuräumen, mit qualifizierter Mehrheit einer Verkehrswertminderung durch Anpassung der Wohnanlage an die **Erfordernisse der Zeit** entgegenzuwirken (sinnvolle Erneuerung, die voraussichtlich geeignet sei, den Gebrauchswert nachhaltig zu erhöhen; zusätzliche oder alternative Beheizung neben der bestehenden Heizanlage).

Die Frage der Einsparung von Energie durch die Einrichtung einer zusätzlichen Heizquelle stelle sich nicht bei der Variante „nachhaltige Erhöhung des Gebrauchswerts“.

Der Modernisierungsbeschluss, so der BGH, scheitere auch nicht etwa daran, dass die Eigenart der Wohnanlage verändert worden sei. Auch liege keine unbillige Beeinträchtigung der dortigen Kläger vor, zumal etwaige Nachteile durch den Kostenbeschluss gemäß § 16 Abs. 4 WEG abgemildert würden. Unbillige Maßnahmen setzten im Übrigen eine treuwidrige Ungleichbehandlung der Wohnungseigentümer voraus.

Der wohnungseigentumsrechtliche Modernisierungsbegriff weicht demgemäß vom geltenden mietrechtlichen nicht unerheblich ab. Die **Erfordernisse der Zeit** sind als Orientierung prägend. Aus der BGH-Entscheidung darf durchaus abgeleitet werden, dass wohnungseigentumsrechtlich beispielsweise auch die Errichtung einer Solaranlage oder einer Photovoltaikanlage Modernisierungsmaßnahmen sind, was bisher in der mietrechtlichen Rechtsprechung verneint wurde.

2. Der schon genannte Entwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes sieht u.a. vor:

a) **§ 555b BGB-E:**

„Modernisierungsmaßnahmen sind bauliche Veränderungen zur Verbesserung der Mietsache oder sonstiger Gebäudeteile,

- (1) durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie oder nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart wird (energetische Modernisierung),*
- (2) durch die auf sonstige Weise nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart oder das Klima nachhaltig geschützt wird,*
- (3) durch die der Wasserverbrauch nachhaltig reduziert wird,*
- (4) durch die der Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöht wird,*
- (5) durch die die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessert werden.*
- (6) die aufgrund von Umständen durchgeführt werden, die der Vermieter nicht zu vertreten hat und die*

*keine Erhaltungsmaßnahmen nach § 555a sind
oder*

(7) durch die neuer Wohnraum geschaffen wird.“

b) § 559 Abs. 1 BGB-E:

„Hat der Vermieter Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b Nrn. 1, 3, 4, 5 oder 6 durchgeführt, so kann er die jährliche Miete um elf Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen.“

c) Schließlich sieht § 555d Abs. 1 und 2 BGB-E vor:

„(1) Der Mieter hat eine Modernisierungsmaßnahme zu dulden.

(2) Eine Duldungspflicht nach Abs. 1 besteht nicht, wenn die Modernisierungsmaßnahme für den Mieter, seine Familie oder einen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen sowohl des Vermieters als auch anderer Mieter in dem Gebäude sowie von Belangen der Energieeffizienz und des Klimaschutzes nicht zu rechtfertigen ist. Die zu erwartende Mieterhöhung einschließlich der künftigen Betriebskosten bleibt bei der Abwägung außer Betracht; sie ist nur im Rahmen des § 559 Abs. 4 zu berücksichtigen.“

d) Sollte dieser Entwurf Gesetz werden, ist festzustellen, dass sich einerseits der mietrechtliche und der wohnungseigentumsrechtliche Modernisierungsbegriff wieder annähern würden, dass andererseits aber § 22 Abs. 2 WEG geändert werden müsste, denn der Bezug auf § 559 Abs. 1 BGB wäre nicht mehr stimmig. Es könnte nicht gefolgert werden, der

in § 22 Abs. 2 WEG enthaltene Bezug auf § 559 Abs. 1 BGB beinhaltet eine dynamische Verweisung, die im Ergebnis zur Anwendung des § 555b BGB-E auch im WEG-Recht führe.

- e) Die Härteklausel des § 555d Abs. 2 BGB-E hilft dem Mieter einer Eigentumswohnung nicht. Die Gemeinschaft wird einen bestandskräftigen Modernisierungsbeschluss trotz der Härteklausel stets durchsetzen können. Sie hat gegen den Mieter einen Anspruch auf Duldung, § 1004 BGB. Dem Mieter verbleiben dann lediglich die gesetzlichen Ansprüche gegen seinen Vermieter (Minderung, Schadenersatz, fristlose Kündigung?).