



Breiholdt Nierhaus Schmidt

## 25. Kölner Verwalterforum 8. und 9. März 2024

# „Verschollen seit 1.12.2020: Wo steckt die modernisierende Instandsetzung (§ 22 III WEG aF)?“

Rechtsanwalt Dr. Jan-Hendrik Schmidt, Hamburg

[www.wir-breiholdt.de](http://www.wir-breiholdt.de)

# Einleitung

Das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG) hat die **modernisierende Instandsetzung** und **Modernisierung** (§ 22 II und III WEG aF) gestrichen. Beide Maßnahmen sind seit dem 1.12.2020 „verschollen“. Wo und wie sie rechtlich einzusortieren sind, ist streitig.

Die **energetische Gebäudesanierung** ist ein wichtiges Ziel der Politik, aber im WEMoG nicht geregelt. Das ist nachlässig!

Wohnungseigentümergeinschaften (GdWE) gehören unverändert zu den Schlusslichtern der energetischen Gebäudesanierung.

Größere Sanierungen sind in ihrer Planung und Durchführung schwierig und streitanfällig, gerade dann, wenn (einzelne) Eigentümer nicht mitziehen, sondern opponieren oder sogar klagen.

# Einleitung

Trotz der Streichung des § 22 III WEG aF aus dem Gesetz ist die **modernisierende Instandsetzung** nicht abgeschafft. Sie ist „versteckt“ im Normendickicht der neuen §§ 18-21 WEG.

Entwickelt wurde sie in Rechtsprechung und Schrifttum, vom 01.07.2007 bis 30.11.2020 hatte sie es sogar in den Gesetzestext geschafft.

Die amtliche Gesetzesbegründung zum WEMoG stellt fest, dass sich die Fälle der modernisierenden Instandsetzung **nahtlos in das System des Entwurfs einfügen**. Ihre Kosten seien von allen Wohnungseigentümern zu tragen, wenn sich die Kosten innerhalb eines angemessenen Zeitraums amortisieren (BR-Drucksache 168/20, Seite 76).

→ Stimmt das und überzeugt das? Meines Erachtens: Nein.

## Um welche Maßnahmen ging es bei 22 III WEG aF?

Zum Beispiel:

Balkonbrüstungen

Fenster (Kunststoff statt Holz)

Glasbausteinfelder durch Fenster

Fassadendämmung

Heizungsaustausch

→der vom BGH entschiedene Fall zu den Balkonbrüstungen zeigt, dass es nicht zwingend um energetische Verbesserungen gehen muss. Auch optische Verbesserungen kamen in Betracht

## Welche Gerichtsentscheidungen gibt es zu § 22 III WEG aF?

Zum Beispiel:

Balkon-Fall aus Bremen: Ersetzung sanierungsbedürftiger

Balkonbrüstungen aus Holz durch neue aus Edelstahl und Glas (BGH 14.12.2012 - V ZR 224/14, ZMR 2013, 292 = ZWE 2013, 172 = NJW 2013, 1439; danach erneut LG Bremen ZMR 2015, 776)

LG Nürnberg/Fürth 28.07.2010 - 14 S 438/10 WEG, ZMR 2011, 750 = ZWE 2010, 466 zur Umstellung von Öl-Zentralheizung auf Fernwärme

LG Hamburg 06.06.2018 – 318 S 4/18 (n.v.); 25.02.2015 – 318 S 37/13 zur energetischen Fassadensanierung und zu Balkonbrüstungen aus Stein

# Arten baulicher Maßnahmen

## Erhaltung

- Instandhaltung und Instandsetzung
- erstmalige mangelfreie Herstellung (Bauträgerinsolvenz)
- erstmalige plangerechte Herstellung (Aufteilungsplanabweichung)
- Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht
- Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten (BauO [zB RWM], GEG, EnSimiMaV, MessEG, TrinkwV etc.)
  
- (modernisierende Instandsetzung (§ 22 III WEG aF))

# Arten baulicher Maßnahmen

## Bauliche Veränderung

- klassische (normale) bauliche Veränderung (§ 20 I WEG)
- privilegierte bauliche Veränderung (§ 20 II 1 Nr. 1 bis 4 WEG)
  
- (Modernisierung und Anpassung an den Stand der Technik (§ 22 II WEG aF))

## Kernaussagen zu § 22 III WEG aF

Die modernisierende Instandsetzung war ein Spezialfall der Instandsetzung (§ 21 V Nr. 2 WEG aF).

Eine modernisierende Instandhaltung gab es nicht. Sie ist denklogisch ausgeschlossen, da kein Gebäudeteil ersetzt wird.

Kostentragung durch alle Eigentümer

Jeder Eigentümer hatte einklagbaren Anspruch (§ 21 III WEG aF)

In tatsächlicher Hinsicht war ein aktueller **oder absehbarer** Instandsetzungsbedarf erforderlich, aber auch ausreichend.

Im Zeitpunkt der Beschlussfassung musste eine Kosten-Nutzen-Analyse eine Amortisation in angemessener Zeit belegen. → (...)



## Kernaussagen zu § 22 III WEG aF

Amortisieren mussten sich die Mehraufwendungen. Gab es keine, gab es auch kein Berechnungsproblem.

Schrieb das öffentliche Recht die Maßnahme vor, war die Kosten-Nutzen-Analyse entbehrlich, was richtigerweise schon daran lag, dass es um die Variante der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Vorgaben ging.

Angemessener Zeitraum = idR 10 Jahre, ggf. länger, je nach Bauteil, um das es geht (BGH ZMR 2013, 292 Rn. 10: „... bei Maßnahmen **der hier in Rede stehenden Art** in der Regel zehn Jahre...“; so zutreffend auch BT-Drucksache 168/20, S. 76), und dessen durchschnittliche statistische Gesamtlebensdauer (Lebensdauerkatalog).

## Kernaussagen zu § 22 III WEG aF

Folge: Es musste nicht der frühere, aus heutiger Sicht oft nicht mehr zeitgemäße, technisch veraltete Zustand wiederhergestellt werden musste, sondern der heute zeitgemäße modernere Zustand.

Das war zulässig, wenn die Kosten-Nutzen-Analyse positiv ausfiel.

Maßgeblich war der Zeitpunkt der Beschlussfassung.

Auf die Maßnahme bestand ein Anspruch.

Die Kosten waren gemeinschaftlich zu tragen.

Optische Veränderungen wurden hingenommen, **ohne dass** die Voraussetzungen der baulichen Veränderung geprüft wurden.

## Meinungsstreit

Die herrschende Meinung qualifiziert **bauliche Maßnahmen**, die nach früherer Gesetzeslage eine **modernisierende Instandsetzung** (§ 22 III WEG aF) waren, nicht komplett und einheitlich als Erhaltung (§ 19 I, II Nr. 2 WEG), sondern **spaltet** sie auf in Erhaltung (§ 19) und bauliche Veränderung (§ 20).

LG München I ZMR 2023, 139; AG Hamburg-St. Georg ZMR 2022, 1005; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 969, 997, 999, 1084, 1292 ff.; Kempfle in: BeckOGK, 1.3.2023, § 20 Rn. 33, Zscheschack in: Börstinghaus/ Meyer, Das neue GEG, 2024, § 4 Rn. 24; Sommer in: Jennißen, WEG 8. Auflage 2024, § 19 Rn. 104b; Schultzy ZWE 2021, 62 [65]; Zscheschack ZWE 2021, 68, 69; Sommer/Heinemann in: Jennißen, WEG 7. Aufl. 2022, § 19 Rn. 104; Dötsch/Schultzy/Zscheschack, WEG-Recht, 2021, Kap. 6 Rn. 9, 39, 126; Mediger NZM 2022, 897, 899; im Ergebnis auch Abramenko in: Skauradszun/Elzer/Hinz/Riecke (SEHR), Die WEG-Reform 2020, § 5 Rn. 4).

→ Folge dieser Ansicht ist, dass auf die Erhaltung ein Anspruch besteht, auf die bauliche Veränderung dagegen nicht, und die Kostenverteilung unterschiedlichen Vorgaben folgt, vor allem dann, wenn angestrebt wird, dass die Kosten von allen Eigentümern gemeinschaftlich getragen werden.

## Meinungsstreit

Die **Gegenansicht** qualifiziert Maßnahmen der früheren modernisierenden Instandsetzung weiterhin vollständig und einheitlich als Erhaltung im Sinne von § 19 WEG. Zu diesen Autoren gehören:

Hügel/Elzer, WEG 3. Auflage 2021, § 19 Rn. 72, MüKoBGB/Rüscher, § 19 WEG Rn. 14 ff., Dötsch in: Bärmann, WEG 15. Aufl. 2023, § 21 Rn. 24, Grüneberg/Wicke, BGB 83. Aufl. 2024, § 19 WEG Rn. 11; Deutsches Ständiges Schiedsgericht für Wohnungseigentum ZMR 2022, 590, 592 mit zust. Anm. Agatsy.; Riecke ZMR 2023, 178 und ZWE 2022, 20; Hogenschurz in Jennißen, WEG, § 20 Rn. 28; § 21 Rn. 75

Eigene Stellungnahme: Die besseren Gründe sprechen dafür, die modernisierende Instandsetzung wie gehabt (und schon immer) als reine Erhaltung zu qualifizieren und nicht als eine Mischung aus Erhaltung (§ 19 WEG) und baulicher Veränderung (§ 20 WEG). → (...)

## Eigene Stellungnahme zum Meinungsstreit

Der Gesetzgeber bezweckt mit dem WEMoG Erleichterungen baulicher Maßnahmen (BT-Drucksache 168/20, S. 24), keine Verschärfung. Die Rechtsanwendung im Zusammenhang mit Beschlussfassungen über Baumaßnahmen soll vereinfacht, nicht schwieriger und haftungsträchtiger werden.

Die energetische Gebäudesanierung, bei denen GdWE zu den Schlusslichtern zählen, soll vorangetrieben werden.

Das Argument, die Herausnahme der modernisierenden Instandsetzung aus der Gruppe der Erhaltung sei konsequent, da nunmehr Beschlüsse über bauliche Veränderungen ebenfalls mit einfacher Mehrheit gefasst würden (Zscheschack ZWE 2021, 68, 69) ist insoweit richtig, greift aber zu kurz, denn... → (...)

## Eigene Stellungnahme zum Meinungsstreit

... die erzielte Erleichterung beim Mehrheitserfordernis auf Tatbestandsseite („für alle baulichen Maßnahmen reicht einfache Mehrheit“) würde zunichte gemacht durch die Schwierigkeiten und Verstrickungen auf Rechtsfolgenseite (ein bisschen § 16 II, ein bisschen § 21 II WEG).

Die Rechtsanwendung wäre komplizierter als nach alter Rechtslage und die Herbeiführung von Beschlussfassungen für den Verwalter als Versammlungsleiter haftungsträchtig, zumal die h.M. rät, mit Bedingungen zu arbeiten und gezielt zum **Zitterbeschluss** nach § 21 **Abs. 5** WEG zu greifen, da die Rechtsfolgenseite des § 21 II 1 Nr. 2 WEG nicht in Bestandskraft erwachse. → Ficht aber jemand an, „hat die GdWE den Salat“ und der Versuch rechtssicherer Ergebnisse ist gescheitert.

## Eigene Stellungnahme zum Meinungsstreit

Zum 01.07.2007 wurden die Modernisierung als gegenüber § 22 I WEG aF privilegierte bauliche Veränderung und die modernisierende Instandsetzung als spezielle Instandsetzung kodifiziert, um die Trennung beider Grundtypen baulicher Maßnahmen klar und eindeutig zum Ausdruck zu bringen und Rechtsunsicherheit zu verhindern.

Niemand kam auf die Idee, daran aus systematischen Erwägungen zu zweifeln, nur weil § 22 WEG aF (= die Norm zur baulichen Veränderung) der Regelungsort war. Daher überzeugt es nicht, eine bauliche Veränderung zu bejahen, weil die „Amortisation“ als Bruchstück der modernisierenden Instandsetzung in § 21 II 1 Nr. 2 WEG genannt ist.

## Eigene Stellungnahme zum Meinungsstreit

Eine modernisierende Instandsetzung führt(e) oft zu ganz erheblichen Veränderungen des optischen Erscheinungsbildes; dennoch wurde nie eine teilweise bauliche Veränderung darin gesehen.

Soweit zum WEMoG ausgeführt wird, in jeder (modernisierenden) Erhaltung stecke immer auch eine bauliche Veränderung, weil der Soll-Zustand des gemeinschaftlichen Eigentums neu definiert werde (so zB Lehmann-Richter/Wobst Rn. 999, 1295), wurde dies zu § 22 III WEG aF nicht thematisiert. Selbst wenn man dem folgt (= die rechtliche Soll-Beschaffenheit wird der neuen tatsächlichen Ist-Beschaffenheit angepasst), darf dies nicht für die Rechtsfolgenseite gelten.

Dogmatisch lässt sich der Wortlaut von § 20 I WEG entgegenhalten: die modernisierende Instandsetzung geht nicht über die ordnungsmäßige Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus.



## Eigene Stellungnahme zum Meinungsstreit

Die Gegenansicht, die eine Sanierung in Erhaltung und bauliche Veränderung aufteilt, d.h. bezüglich des Instandsetzungsbedarfs einen Anspruch und eine Verteilung der fiktiven Instandsetzungskosten auf alle Eigentümer bejaht, bezüglich der darüber hinaus gehenden Maßnahme aber einen Anspruch verneint und eine Kostenverteilung auf alle nur unter den Voraussetzungen des § 21 II WEG erlauben will, ist an die Rechtsprechung des **VIII. Zivilsenats des BGH zur Modernisierungsmieterhöhung im Mietrecht** angelehnt.

Dieser Denkansatz passt nicht zum WEG. Der für das WEG zuständige V. Zivilsenat des BGH hatte schon zu § 22 II 1 WEG aF entschieden, dass Anlehnungen an das Mietrecht ungeeignet und die wohnungseigentumsrechtlichen Begriffe eigenständig zu definieren sind (BGH 18.02.2011 – V ZR 82/10). → (...)

## Eigene Stellungnahme zum Meinungsstreit

Mietrechtlich mag es einleuchten, dass der Vermieter, der mit (fälligen) Instandsetzungsmaßnahmen zugewartet hat, sich bei seiner Modernisierungsmieterhöhung den Abzug der (fiktiven) Kosten der eingesparten Erhaltung abziehen lassen muss und die Mieterhöhungserklärung daher teilweise unwirksam sein kann (BGH 17.06.2020 - VIII ZR 81/19 mwN).

Um einen solchen gerechten Ausgleich zwischen Vermieter und Mieter geht es unter Wohnungseigentümern aber nicht. Von den hier fraglichen baulichen Maßnahmen einer modernisierenden Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums profitieren alle Wohnungseigentümer

## **(absehbarer) Instandsetzungsbedarf**

Am Rande: m.E. nicht nur zu § 22 III WEG aF, sondern allgemein zutreffend und vorzugswürdig ist LG Nürnberg-Fürth ZWE 2010, 466 unter II. 2 mwN: „Eine Erneuerung ist nicht nur dann notwendig, wenn eine technische Einrichtung endgültig ausfällt, sondern schon dann, wenn sie sich altersbedingt oder aus anderen Gründen in einem Zustand befindet, in dem jederzeit damit gerechnet werden muss, dass wesentliche Teile unbrauchbar werden.“

**Erhaltung** definiert das WEMoG als Instandhaltung und Instandsetzung (siehe § 13 II WEG). Instandhaltung ist die Vermeidung der Instandsetzung, beugt also auch einem bevorstehenden oder absehbaren Instandsetzungsbedarf vor.

## Hilfe durch BGH 9.2.2024 - V ZR 33/23 (LG Köln)?

Der erste Leitsatz könnte uns auf die Idee bringen, eine zwischen den Wohnungseigentümern streitige bauliche Maßnahme unabhängig davon, ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, **unter Berufung auf § 20 II 1 WEG** als privilegierte bauliche Veränderung zu beschließen.

Kommt ein positiver Beschluss zustande, könnte eine Anfechtungsklage laut BGH nicht erfolgreich darauf gestützt werden, dass in Wahrheit gar keine privilegierte bauliche Veränderung vorliegt.

Aber: Eine als fehlerhaft beanstandete Kostenfolge wäre gerichtlich zu prüfen und mit einer solchen Rüge des Anfechtungsklägers wäre zu rechnen, weil bei (vermeintlichen) modernisierenden Instandsetzungen alle Eigentümer die Kosten tragen sollen, wohingegen der BGH sich zu **individuell verlangten** privilegierten baulichen Veränderungen äußerte, wo der Antragsteller **freiwillig sämtliche Kosten zu tragen bereit war und es diesbezüglich keinen Streit gab**.

## Die Versammlungsleitung

Grundlegend zum pflichtgemäßen Verhalten des Versammlungsleiters bei der Abstimmung über bauliche Maßnahmen vor dem WEMoG siehe BGH 29.5.2020 – V ZR 141/19, ZWE 2020, 379 im Dickicht des § 22 WEG aF (dort zur Abgrenzung von § 22 I und II WEG aF, also nicht zur modernisierenden Instandsetzung nach § 22 III WEG aF).

These: auch nach neuer Gesetzeslage ist der Verwalter verpflichtet, den Wohnungseigentümern vor der Abstimmung Hinweise auf eine unsichere, da umstrittene und höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfrage zu geben. Eine eigene rechtliche Prüfung und Beurteilung schuldet er nicht. Hierüber entscheidet im Streitfall das mit der Sache befasste Gericht. → (...)

## Die Versammlungsleitung

Grundlegend zum pflichtgemäßen Verhalten des Versammlungsleiters bei der Abstimmung über bauliche Maßnahmen vor dem WEMoG siehe BGH 29.5.2020 – V ZR 141/19, ZWE 2020, 379 im Dickicht des § 22 WEG aF (dort zur Abgrenzung von § 22 I und II WEG aF, also nicht zur modernisierende Instandsetzung nach § 22 III WEG aF).

These: auch nach neuer Gesetzeslage ist der Verwalter verpflichtet, den Wohnungseigentümern vor der Abstimmung Hinweise auf eine unsichere, da umstrittene und höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfrage zu geben. Eine eigene rechtliche Prüfung und Beurteilung schuldet er nicht. Hierüber entscheidet im Streitfall das mit der Sache befasste Gericht.

## Die Versammlungsleitung

Die Wohnungseigentümer sind aufgrund der umstrittenen und höchstrichterlich ungeklärten Rechtslage berechtigt, durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden, welche Auffassung und Verfahrensweise für die künftige Verwaltungspraxis bis zu einer höchstrichterlichen Klärung maßgeblich sein soll

(BGH 16.09.2022 - V ZR 69/21 [Selbstbehaltsverteilungsfall]).

## Musterformulierungen (unverbindlich)

### TOP XY (Sanierung von ■■)

(...)

**Hinweis:** Der Verwalter hat vor der Abstimmung auf die im Zeitpunkt der Versammlung umstrittene und höchstrichterlich (d.h. vom BGH) ungeklärte Rechtslage zum Umgang mit energetischen Gebäudesanierungen und deren Kostenverteilung hingewiesen. Zudem wies er darauf hin, dass im Falle der Anfechtungsklage gegen einen positiven Beschluss oder einer Beschlussersetzungsklage gegen einen ablehnenden Beschluss nicht absehbar ist, welcher Rechtsauffassung das mit der Sache befasste Gericht folgt.

(...)





Breiholdt Nierhaus Schmidt

## Musterformulierungen (unverbindlich)

**Beschlussantrag:** Der Verwalter wird angewiesen, bei der Auszählung und Auswertung der Stimmabgaben zugrunde zu legen, dass die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen für die Verkündung der Annahme des Beschlussantrags ausreicht, da die zur Abstimmung gestellten Maßnahmen ■■ nach der Meinung der Mehrheit einer ordnungsmäßigen Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zur Beseitigung des Instandsetzungsbedarfs unter Beachtung der öffentlich-rechtlichen (gesetzlichen) Vorgaben des Gebäudeenergiegesetzes an eine energetische Sanierung und zur Erlangung der hierfür verfügbaren Fördermittel dienen.

(...)

Abstimmungsergebnis: Ja-Stimmen, Nein-Stimmen, Enthaltungen

Beschlussergebnis: Beschlussantrag angenommen/abgelehnt



Breiholdt Nierhaus Schmidt

**Vielen Dank für  
Ihre Aufmerksamkeit**