

**Bundesgerichtshof**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

§§ 15 Abs. 3 WEG; 242 BGB

1. Die Wohnungseigentümer können durch Mehrheitsbeschluss die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs im Wege einer gekorenen Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG für die individuellen Unterlassungsansprüche der Sondereigentümer begründen.
2. Wird durch eine Störung des Eigentums ein neuer Unterlassungsanspruch ausgelöst, ist für den Beginn der für die Annahme einer Verwirkung erforderlichen Zeitspanne in der Regel auf den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung abzustellen.
3. Für die Beurteilung der Zeitspanne, die bis zum Eintritt der Verwirkung verstrichen sein muss, kommt auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und somit die Annahme fester Zeiträume nicht in Betracht.
4. An dem sog. Zeitmoment fehlt es in der Regel, wenn eine neue, eigenständige Störung einen neuen Unterlassungsanspruch auslöst. Wird eine Wohnungs- oder Teileigentumseinheit über einen langen Zeitraum zweckwidrig genutzt, begründet eine darauf bezogene neue Willensentscheidung des Eigentümers der Einheit eine solche Zäsur; diese schließt es aus, einen Unterlassungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer wegen der neuen bzw. erweiterten Nutzung als verwirkt anzusehen.
5. Eine Verwirkung eines Rechts kommt nur in Betracht, wenn sich der Verpflichtete aufgrund eines Verhaltens des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass das Recht nicht mehr geltend gemacht wird. Die bloße Untätigkeit des Berechtigten über einen längeren Zeitraum hinweg ist nicht ausreichend.
6. Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2001 - VI ZR 12/00 , NJW 2001, 2535, 2537; Urteil vom 9. Oktober 2013 - XII ZR 59/12 , NJW-RR 2014, 195 Rn. 11 jeweils mwN). Der Anspruch der übrigen Wohnungseigentümer gegen einen Miteigentümer, die zweckwidrige Nutzung seiner Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zu unterlassen, kann daher nicht schon deshalb verwirkt sein, weil sie diesen Anspruch über einen langen Zeitraum nicht geltend gemacht haben.

BGH, Urteil vom 15.12.2017; Az.: V ZR 275/16

---

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2017 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Dr. Brückner und Weinland und die Richter Dr. Kazele und Dr. Hamdorf

für Recht erkannt:

**Tenor:**

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 29. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 27. Oktober 2016 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Köln vom 23. Februar 2016 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

**Tatbestand:**

Der Beklagte ist seit 2004 Mitglied der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft. Ausweislich der Teilungserklärung vom 12. August 1986 umfasst die Wohn- und Geschäftshausanlage "24 Läden, Praxen und Büros, 14 Wohnungen und 49 Tiefgaragenstellplätze". In den sich im Erd- und Kellergeschoss befindenden Räumen seiner Teileigentumseinheit betreibt der Beklagte, wie die Voreigentümer seit dem Jahr 1986, eine Gaststätte. Seit 2014 erstreckt sich deren Betrieb auch auf eine mit einem Zelt umgrenzte Außenterrasse, die auf städtischen Grund liegt und etwa 50 Plätze aufweist.

In der Eigentümerversammlung vom 23. Juni 2015 wurde der Beschluss gefasst, Rechtsanwälte mit der - ggfs. gerichtlichen - Geltendmachung eines Anspruchs auf Unterlassung der Nutzung der Einheit des Beklagten als Gaststätte zu beauftragen.

Das Amtsgericht hat der Unterlassungsklage stattgegeben. Das Landgericht hat sie abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, will die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erreichen.

**Entscheidungsgründe:**

I.

Das Berufungsgericht meint, es liege zwar eine zweckwidrige Nutzung des Teileigentums durch den Beklagten vor. Nach der Teilungserklärung könnten die Teileigentumseinheiten als Laden, Praxis und Büro genutzt werden. Ein Laden diene schwerpunktmäßig dem Verkauf von Waren und sei an Öffnungszeiten gebunden. Bei einer Gaststätte stehe der Charakter einer bloßen Verkaufsstätte gerade nicht im Vordergrund. Ebenso wenig könne davon ausgegangen werden, dass bei typisierender Betrachtungsweise die nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als Gastronomiebetrieb nicht mehr störe als die vorgesehene Nutzung. Der damit bestehende Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 WEG sei aber verwirkt. In Bezug auf das Zeitmoment sei darauf abzustellen, dass der Beklagte nach dem Erwerb der Teileigentumseinheit in der Zwangsversteigerung im Jahr 2004 den Gastronomiebetrieb aufgenommen und diesen bis zu der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer am 23. Juni 2015 über einen Zeitraum von elf Jahren fortgeführt habe. Die 2014 erfolgte Erweiterung im Außenbereich löse keinen neuen Anspruch in Bezug auf die Teileigentumseinheit aus. Sie betreffe diese nicht, vielmehr werde hierfür

öffentlicher Grund mit einer Sondernutzungserlaubnis in Anspruch genommen. Für das Umstandsmoment sei entscheidend, dass die Wohnungseigentümer seit 2004 den Betrieb der Gaststätte ohne Beanstandungen hingenommen hätten. Die weitere Duldung des Gastronomiebetriebs - auch nach seiner Erweiterung im Außenbereich - durch die Wohnungseigentümer sei ein ausreichender Umstand aufgrund dessen der Beklagte davon ausgehen können, es würden keine Unterlassungsansprüche wegen der zweckwidrigen Nutzung geltend gemacht.

II.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs, der seine Grundlage sowohl in § 1004 Abs. 1 BGB als auch in § 15 Abs. 3 WEG findet (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 18), vorliegen und dieser von der Klägerin geltend gemacht werden kann.

a) Die Klägerin ist prozessführungsbefugt.

Für Unterlassungsansprüche aus dem Miteigentum an dem Grundstück besteht nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zwar keine geborene Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG. Durch den Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer vom 23. Juni 2015 zur gerichtlichen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs gegen den Beklagten, ist aber eine gekorene Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG für die individuellen Unterlassungsansprüche der Sondereigentümer begründet worden (vgl. Senat, Urteil vom 13. Oktober 2017 - V ZR 45/17 , MDR 2018, 204 Rn. 8; Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 5 jeweils mwN).

b) Auch geht das Berufungsgericht zutreffend von einer zweckwidrigen Nutzung der Teileigentumseinheit durch den Beklagten und einem daraus folgenden Unterlassungsanspruch aus.

aa) Gemäß § 15 Abs. 3 WEG kann jeder Wohnungseigentümer einen den Vereinbarungen entsprechenden Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile verlangen. Werden die in der Norm genannten Gebrauchsregelungen nicht eingehalten, liegt hierin eine Eigentumsbeeinträchtigung, die Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB ist (Senat, Urteil vom 16. Mai 2014 - V ZR 131/13 , ZWE 2014, 356 Rn. 7; Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 18). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen nimmt das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler an.

bb) Maßgebend für die zulässige Nutzung ist allein die in § 3 Nr. 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 4 der Teilungserklärung enthaltene Zweckbestimmung, wonach das Teileigentum als Laden, Büro und Praxis genutzt werden kann. Die Beschreibung der Teileigentumseinheit in dem im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens eingeholten Gutachten ist entgegen der Ansicht des Beklagten unerheblich. Die Regelungen in der Teilungserklärung, die der Senat in vollem Umfang ohne Bindung an die Auslegung durch das Berufungsgericht selbst auslegen kann, wobei die Auslegung

"aus sich heraus" objektiv und normativ zu erfolgen hat (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 19 mwN), schließen eine Nutzung des Teileigentums des Beklagten als Gaststätte aus.

(1) Unter einem Ladenraum werden Geschäftsräume verstanden, in denen ständig Waren zum Verkauf dargeboten werden, bei denen aber der Charakter einer (bloßen) Verkaufsstätte im Vordergrund steht. Den Betrieb einer Gaststätte umfasst dies regelmäßig nicht (Senat, Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 20 mwN). Auch eine mögliche Nutzung als Büro oder Praxis lässt den Betrieb einer Gastronomie nicht zu (vgl. BayObLGR 2004, 165, 166; OLG Zweibrücken, ZMR 1987, 228; Jennißen/Schultzky, WEG, 5. Aufl., § 15 Rn. 36, 51).

(2) Zwar kann sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung. Entscheidend ist dabei, dass eine solche anderweitige Nutzung die übrigen Wohnungseigentümer nicht über das Maß hinaus beeinträchtigt, das bei einer Nutzung zu dem vereinbarten Zweck typischerweise zu erwarten ist (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 21 mwN). Eine über dieses Maß hinausgehende Beeinträchtigung nimmt das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung an. Das greift der Beklagte auch nicht an.

2. Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht demgegenüber von einer Verwirkung des Unterlassungsanspruchs aus.

a) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Zu dem Zeitablauf müssen besondere auf das Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (Senat, Urteil vom 30. Oktober 2009 - V ZR 42/09 , NJW 2010, 1074 Rn. 19; Urteil vom 12. Dezember 2008 - V ZR 49/08 , NJW 2009, 847, 849 - insoweit in BGHZ 179, 146 ff. nicht abgedruckt; BGH, Urteil vom 14. November 2002 - VII ZR 23/02 , NJW 2003, 824).

b) Danach sind die Voraussetzungen der Verwirkung nicht gegeben.

aa) Von Rechtsfehlern beeinflusst sind zunächst die Ausführungen des Berufungsgerichts im Zusammenhang mit der Zeitspanne, die seit der Möglichkeit, das Recht geltend zu machen, verstrichen sein muss (sog. Zeitmoment).

(1) An dem sog. Zeitmoment fehlt es in der Regel, wenn eine neue, eigenständige Störung einen neuen Unterlassungsanspruch auslöst. Wird eine Wohnungs- oder Teileigentumseinheit über einen langen Zeitraum zweckwidrig genutzt, begründet eine darauf bezogene neue Willensentscheidung des Eigentümers der Einheit eine solche Zäsur; diese schließt es aus, einen Unterlassungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer wegen der neuen bzw. erweiterten Nutzung als verwirkt anzusehen. Es fehlt dann zwangsläufig an dem Zeitmoment in Gestalt einer langjährigen Duldung. Der Senat hat dies bislang bei der Ausweitung der Öffnungszeiten einer

Gaststätte ( Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 169/14 , NJW 2016, 53 Rn. 13 ff.) und bei einer Neuvermietung der Einheit ( Urteil vom 8. Mai 2015 - V ZR 178/14 , NJW-RR 2015, 781 [BGH 06.05.2015 - VIII ZR 193/14] Rn. 12 f.) angenommen. Für die - hier erfolgte - Erweiterung einer Gaststätte um eine Außenterrasse gilt nichts anderes.

Aus diesem Grund kann eine Verwirkung des Anspruchs auf Unterlassung der Nutzung der Außenterrasse zum Betrieb der Gaststätte schon mangels langjähriger Duldung durch die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer nicht angenommen werden. Die Erweiterung des Gastronomiebetriebes in den Außenbereich hinein führt aufgrund der Anzahl von rund 50 Sitzplätzen und dem damit verbundenen Lärm zu einer im Vergleich zu der bis dahin erfolgten Nutzung erhöhten Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer und damit zum Entstehen eines diesbezüglichen Unterlassungsanspruchs. Soweit das Berufungsgericht meint, die Erweiterung des Gastronomiebetriebs betreffe nicht die Teileigentumseinheit, verkennt es, dass die Außenterrasse nur aufgrund der Gaststätte, die sich in dem Teileigentum des Beklagten befindet, betrieben werden kann. Darauf, dass sich die Terrasse auf öffentlichem Straßenland befindet, kommt es nicht an; maßgeblich ist, dass sie untrennbar mit der Gaststätte verbunden ist und die von ihr ausgehenden Störungen damit unmittelbar auf die zweckwidrige Nutzung der Teileigentumseinheit des Beklagten zurückgehen.

(2) Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es für die Beurteilung der Zeitspanne, die bis zum Eintritt der Verwirkung verstrichen sein muss, auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und daher die Annahme fester Zeiträume nicht in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, NJW 2011, 212 [BGH 20.07.2010 - EnZR 23/09] Rn. 22). Soweit das Berufungsgericht unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Köln (MDR 1995, 568 f. [OLG Köln 27.01.1995 - 16 Wx 13/95] ) in schematischer Betrachtungsweise schon einen Zeitablauf von dreieinhalb Jahren als hinreichend ansieht, widerspricht dies der gebotenen Einzelfallbetrachtung. Ob der Zeitraum von elf Jahren, der seit der Aufnahme des Gastronomiebetriebes durch den Beklagten in den Räumen seiner Teileigentumseinheit bis zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs verstrichen ist, ausreichend ist, kann hier offenbleiben, da die Annahme einer Verwirkung jedenfalls mangels Vertrauenstatbestandes ausscheidet.

bb) Zu Unrecht geht das Berufungsgericht von dem Vorliegen eines schutzwürdigen Vertrauenstatbestandes (sog. Umstandsmoment) aus.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist neben dem reinen Zeitablauf erforderlich, dass der Berechtigte durch sein gesamtes Verhalten bei dem Verpflichteten das Vertrauen geschaffen hat, er werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen und dass dieser sich darauf eingerichtet hat. Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2001 - VI ZR 12/00 , NJW 2001, 2535, 2537; Urteil vom 9. Oktober 2013 - XII ZR 59/12 , NJW-RR 2014, 195 Rn. 11 jeweils mwN). Der Anspruch der übrigen Wohnungseigentümer gegen einen Miteigentümer, die zweckwidrige Nutzung seiner Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zu unterlassen, kann daher nicht schon deshalb verwirkt sein, weil sie diesen Anspruch über einen langen Zeitraum nicht geltend gemacht haben.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die Annahme eines schutzwürdigen Vertrauenstatbestandes nicht. Es lässt die bloße Untätigkeit der übrigen Wohnungseigentümer ausreichen, wenn es ausführt, entscheidend sei, dass die

Wohnungseigentümer seit 2004 den Betrieb der Gaststätte ohne Beanstandungen hingenommen hätten. Anhaltspunkte dafür, dass die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer zu erkennen gegeben haben, dass sie mit der zweckwidrigen Nutzung einverstanden sind (vgl. Senat, Beschluss vom 25. März 2010 - V ZR 159/09 , ZWE 2010, 266 Rn. 2) - z. B. im Zusammenhang mit Beschlussanträgen auf Eigentümerversammlungen - hat es nicht festgestellt. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, dass bereits 2004 ein Tiefgaragenplatz mit einer Kühlzelle versehen und 2005 mit dem Einbau einer Entlüftungsanlage für die Gaststätte in das Gemeinschaftseigentum eingegriffen worden ist, stellt keine geeignete Grundlage für einen Vertrauenstatbestand dar. Vielmehr legt das von dem Berufungsgericht an anderer Stelle erwähnte Schreiben der Verwalterin vom 12. August 2005 im Gegenteil nahe, dass der von dem Beklagten vorgenommene Einbau der Entlüftungsanlage nur auf einer Zustimmung der Verwalterin beruhte, die zudem unter dem Vorbehalt des Widerrufs stand. In diesem Schreiben wird ausgeführt, dass aufgrund der massiven Eingriffe in den Außenbereich des Gemeinschaftseigentums ein allstimmiger Beschluss aller Eigentümer herbeizuführen ist. Sollte auch nur ein Eigentümer, oder ein angrenzender Nachbar die Rückführung verlangen, sollte der Beklagte auf eigene Kosten sofort unter Verzicht auf jegliche Einrede, insbesondere auf die des Bestandsschutzes, den Rückbau in den Urzustand fachgerecht herbeiführen. Dass ein allstimmiger Beschluss herbeigeführt wurde, ist nicht festgestellt worden. Auch andere auf das Verhalten der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer zurückgehende Umstände betreffend eine Duldung des Gaststättenbetriebs sind weder festgestellt noch hat der Beklagte diesbezüglich eine Gegenrüge erhoben.

### III.

Das Urteil kann daher keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist ( § 563 Abs. 3 ZPO ). Da den Wohnungseigentümern der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der Nutzung der Teileigentumseinheit als Gaststätte zusteht, ist die Berufung des Beklagten gegen das amtsgerichtliche Urteil zurückzuweisen.

### IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO .