

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 10 Abs. 2 S. 3, 15 Abs. 1 u. 3 WEG

- 1. Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken ist in einem ausschließlich beruflichen und gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude bei typisierender Betrachtung regelmäßig schon deshalb störender als die vorgesehene Nutzung, weil eine Wohnnutzung mit typischen Wohnimmissionen sowie einem anderen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums einhergeht und zu anderen Zeiten - nämlich ganztägig und auch am Wochenende - erfolgt; die Teileigentümer haben ein berechtigtes Interesse daran, dass der professionelle Charakter einer derartigen Anlage erhalten bleibt, um Konflikte, die durch eine in der Teilungserklärung nicht angelegte gemischte Nutzung hervorgerufen werden können, von vornherein zu vermeiden.**
- 2. Einer Unterlassungsklage, mit der sich Wohnungseigentümer gegen die zweckwidrige Nutzung einer Einheit wenden, kann der Beklagte nicht im Wege der Einrede entgegenhalten, dass er die Änderung der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Nutzungsregelung beanspruchen kann; grundsätzlich muss derjenige, der gegen den Willen der übrigen Wohnungseigentümer die Anpassung der Nutzungsregelung erreichen will, eine darauf gerichtete Klage erheben und darf die neue Nutzung erst dann aufnehmen, wenn er ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Gunsten erstritten hat (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 13. Juli 1995, V ZB 6/94, BGHZ 130, 304, 312 f.).**

BGH, Urteil vom 23.03.2018; Az.: V ZR 307/16

### **Tenor:**

Die Revision gegen das Urteil des Landgerichts München I - 1. Zivilkammer - vom 14. Dezember 2016 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien sind Mitglieder einer Teileigentümergeinschaft. Nach der Teilungserklärung von 1989/1990 dient das aus sieben Einheiten bestehende Gebäude „zur beruflichen und gewerblichen Nutzung“. Die Einheiten „dürfen ausdrücklich beruflich oder gewerblich, insbesondere auch als Apotheke oder Arztpraxis genutzt werden“. Nach der Aufteilung wurden sechs Einheiten als Arztpraxen genutzt. Die siebte diente als Apotheke. Der Beklagte ist Eigentümer einer der ursprünglichen Arztpraxen im Erdgeschoss. Im Jahr 2013 wurde in unmittelbarer Nähe zu der Anlage ein großes Ärztehaus errichtet. Daraufhin kündigten die Mieter des Beklagten das Mietverhältnis und zogen in das neue

Ärztehaus. Inzwischen befinden sich in der Anlage nur noch drei Arztpraxen. Die Apotheke ist zu einem Teil an ein Büro für Tierschutzhilfe vermietet und steht im Übrigen leer. In einer der ehemaligen Arztpraxen wird eine Schülernachhilfe betrieben. Der Beklagte teilte seine Einheit Nr. 49a auf, baute sie um und vermietete beide Teile als Wohnraum.

Das Amtsgericht hat die auf Unterlassung der Nutzung zu Wohnzwecken gerichtete Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Landgericht ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will der Beklagte die Zurückweisung der Berufung erreichen.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht den Klägern ein Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG zu. Nach der Teilungserklärung dürften die Räume nicht zu Wohnzwecken genutzt werden, ohne dass es darauf ankomme, ob sie nur als Arztpraxis dienen dürften. Eine Wohnnutzung müssten die Kläger auch nicht ausnahmsweise deshalb hinnehmen, weil sie nicht störender als die zulässige Nutzung sei; diese Voraussetzungen lägen bei der gebotenen typisierenden Betrachtung schon deshalb nicht vor, weil eine Wohnnutzung rund um die Uhr und auch an Wochenenden stattfinde. Zudem sei der Zweck des Gebäudes als Apotheken- und Ärztehaus zu beachten. Ein solches werde von Kunden bzw. Patienten auch deshalb als professionell eingeschätzt, weil dort gerade keine private Wohnnutzung stattfinde, die typischerweise mit Wohngeräuschen und -gerüchen und im Flur herumstehenden Gegenständen verbunden sei.

Die Änderung dieser Vorgaben der Teilungserklärung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG könne der Beklagte nicht verlangen, so dass es nicht auf die umstrittene Frage ankomme, ob ein solcher Anspruch als Einrede in einem Unterlassungsverfahren wie dem vorliegenden geltend gemacht werden dürfe. Sollte es zutreffen, dass dem Beklagten eine gewerbliche Vermietung trotz Einschaltung von Immobilienmaklern von Mai 2012 bis Juni 2013 nicht gelungen sei, ergebe sich daraus zunächst nur eine vorübergehende Unmöglichkeit der zulässigen Nutzung, die eine endgültige Änderung der Teilungserklärung nicht rechtfertigen könne. Dem stehe das Vertrauen der übrigen Eigentümer auf die vereinbarte Nutzung entgegen, auf die sie sich mit Erwerb der Einheit hätten einstellen dürfen. Die Vermietung als Wohnraum müsse auch nicht gemäß § 242 BGB wegen einer schwierigen Marktsituation hingenommen werden. Eine solche Duldungspflicht komme allenfalls vorübergehend in Betracht; der Beklagte habe die Wohnungen aber dauerhaft und unbefristet vermietet.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

1. Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass den Klägern ein Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG zusteht. Nach dieser Bestimmung kann jeder Wohnungseigentümer einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums

verlangen, der u. a. den Vereinbarungen entspricht. Daraus ergibt sich ein auf die Nutzung der Einheit des Beklagten zu Wohnzwecken bezogener Unterlassungsanspruch; diese Nutzung widerspricht nämlich der Teilungserklärung (im weiteren Sinne, also den in der Teilungserklärung enthaltenen Regelungen der Gemeinschaftsordnung).

a) Nach den Vorgaben der Teilungserklärung (TE) ist die Nutzung zu Wohnzwecken unzulässig. Danach „dürfen“ die Einheiten „beruflich oder gewerblich genutzt werden“. Ungeachtet des Verbs „dürfen“ handelt es sich um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter im Sinne von § 15 Abs. 1 WEG (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 27. Oktober 2017 - V ZR 193/16, NJW 2018, 41 Rn. 6 mwN, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ). Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Vorbemerkung zu der Teilungserklärung, wonach das gesamte Gebäude „zur beruflichen und gewerblichen Nutzung dienen wird“ (so Teil 1 § 1 TE).

b) Allerdings kann sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung (vgl. dazu Senat, Urteil vom 27. Oktober 2017 - V ZR 193/16, NJW 2018, 41 Rn. 9 mwN, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ). Dass das Berufungsgericht diese Voraussetzungen verneint, ist entgegen der Auffassung der Revision auch dann nicht zu beanstanden, wenn die Teilungserklärung - was das Berufungsgericht offengelassen hat - jegliche berufliche oder gewerbliche Nutzung, also nicht nur diejenige als Arztpraxis bzw. Apotheke, erlauben sollte.

aa) Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Anlage ausschließlich aus Teileigentumseinheiten besteht und das gesamte Gebäude beruflichen und gewerblichen Zwecken dient. Wie es sich in Anlagen verhält, in denen sowohl Wohnungs- als auch Teileigentumseinheiten vorhanden sind, kann dahinstehen. Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken ist jedenfalls in einem ausschließlich beruflichen und gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude bei typisierender Betrachtung regelmäßig schon deshalb störender als die vorgesehene Nutzung, weil eine Wohnnutzung mit typischen Wohnimmissionen (wie Küchengerüchen, Freizeit- und Kinderlärm oder Musik) sowie einem anderen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums (etwa im Flur herumstehenden Gegenständen) einhergeht und zu anderen Zeiten - nämlich ganztägig und auch am Wochenende - erfolgt. Daher ist es ohne Bedeutung, dass - worauf sich die Revision stützt - bei privaten Wohnungen ein geringerer Besucherandrang als bei einer gewerblich genutzten Einheit zu verzeichnen ist und sich die Anlage in einem reinen Wohngebiet befindet. Die Teileigentümer haben ein berechtigtes Interesse daran, dass der professionelle Charakter einer derartigen Anlage erhalten bleibt, um Konflikte, die durch eine in der Teilungserklärung nicht angelegte gemischte Nutzung hervorgerufen werden können, von vornherein zu vermeiden. Die Nutzungsmöglichkeiten der Teileigentümer werden zwar einerseits beschränkt, sie dürfen aber andererseits grundsätzlich darauf vertrauen, dass sich auch die anderen Teileigentümer an die vereinbarten Zweckbestimmungen halten.

bb) Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass der Senat eine Heimmutzung - die typischerweise mit dem Aufenthalt von Menschen rund um die Uhr verbunden ist - in Teileigentumseinheiten im Grundsatz als zulässig ansieht (vgl. dazu ausführlich Senat, Urteil vom 27. Oktober 2017 - V ZR 193/16, NJW 2018, 41 Rn. 17 ff., vorgesehen zum Abdruck in BGHZ); dabei kommt es nicht darauf an, ob eine Heimmutzung in der Anlage zulässig wäre. Denn eine Heimmutzung unterscheidet sich gerade von einer Nutzung zu Wohnzwecken und muss von dieser abgegrenzt

werden. Deshalb kann sie nicht herangezogen werden, um eine private Wohnnutzung in einem ausschließlich gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude ausnahmsweise als erlaubt einzuordnen.

2. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch nicht offen bleiben, ob der Beklagte einen Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG als Einrede geltend machen darf. Dieser Bestimmung zufolge kann jeder Wohnungseigentümer eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder die Anpassung einer Vereinbarung verlangen, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint. Dass ein solcher Anspruch gegeben ist, lässt sich - anders als das Berufungsgericht meint - auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht verneinen.

a) Zwar beschränkt sich die revisionsrechtliche Nachprüfung im allgemeinen darauf, ob das Berufungsgericht die in § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bestimmten Rechtsbegriffe zutreffend erfasst und ausgelegt, alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. Senat, Urteil vom 11. Juni 2010 - V ZR 174/09, BGHZ 186, 34 Rn. 22). Das Berufungsgericht ist aber dem Sachvortrag des Beklagten zu den Gründen für sein Anpassungsverlangen nicht in ausreichendem Maße nachgegangen und hat deshalb die für die Beurteilung wesentlichen Umstände nicht vollständig ermittelt. Es legt zugrunde, dass der Beklagte ein Jahr lang vergeblich nach einem gewerblichen Nachmieter gesucht hat, ordnet dies jedoch als vorübergehendes Problem ein. Mit Erfolg rügt die Revision, dass der unter Sachverständigenbeweis gestellten Behauptung des Beklagten, die Einheit sei als Arztpraxis oder für eine ähnliche Büronutzung nicht mehr vermietbar, nachgegangen werden müsste, wenn es auf das Bestehen des Anpassungsanspruchs ankommen sollte. Mit der Kodifizierung des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG sind die Hürden an die Anpassung bewusst abgesenkt worden, indem sie nunmehr „schwerwiegende Gründe“ und nicht mehr - wie es früher in der Rechtsprechung vertreten wurde - „außergewöhnliche Umstände“ voraussetzt (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 18 f.; Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rn. 30). Dass solche schwerwiegenden Gründe vorliegen, kommt in Betracht, wenn - wie es der Beklagte vorträgt - eine dauerhafte gewerbliche Vermietung angesichts von Lage und Ausstattung des Gebäudes nicht ernsthaft zu erwarten ist; dann verhindert das Festhalten an der vereinbarten Nutzung jegliche wirtschaftliche Verwertung der Einheit. Vor dem Hintergrund, dass in der Nachbarschaft ein modernes Ärztehaus entstanden ist, drei der ehemaligen Arztpraxen leer stehen, die Apotheke nicht mehr als solche genutzt wird und das Amtsgericht nach Zeugenvernehmung mehrerer Makler zu der Überzeugung gelangt ist, dass eine Vermietung als Praxis oder für ähnliche Zwecke trotz längerer intensiver Bemühungen des Beklagten unabhängig von dem geforderten Mietzins nicht möglich gewesen sei, weil es keine Interessenten gegeben habe, lässt sich ohne die beantragte sachverständige Begutachtung nicht ausschließen, dass schwerwiegende Gründe für das Begehren des Beklagten streiten.

b) Darüber hinaus müsste geklärt werden, welche Interessen aus Sicht der Kläger gegen die geforderte Anpassung der Gemeinschaftsordnung sprechen. Insoweit stützt sich das Berufungsgericht allein auf die Überlegung, die Kläger dürften auf die Einhaltung der Teilungserklärung vertrauen. Das ist zwar richtig; aber das abstrakte Vertrauen auf die Teilungserklärung (bzw. die Gemeinschaftsordnung) muss stets überwunden werden, wenn ein Anpassungsanspruch geltend gemacht wird. Dem trägt das Gesetz insbesondere dadurch Rechnung, dass auf Seiten des

Anspruchsstellers schwerwiegende Gründe gegen das Festhalten an der geltenden Regelung sprechen müssen. Daher wäre zu klären, welche konkreten Interessen auf Seiten der Anspruchsgegner über das formale Interesse an der Einhaltung der Gemeinschaftsordnung hinaus gegen die Anpassung sprechen; insbesondere wäre zu prüfen, welche konkreten Nachteile den Klägern daraus erwachsen, dass die Einheit des Beklagten zu Wohnzwecken genutzt wird. Dabei könnten unter anderem die baulichen Gegebenheiten von Bedeutung sein. Da die Einheit des Beklagten im Erdgeschoss liegt, prägt sie den Eindruck von der Anlage möglicherweise stärker als weiter oben gelegene Einheiten. Insoweit wäre aber auch der Vortrag der Revision einzubeziehen, wonach der Beklagte für eine räumliche Abschirmung der beiden aus der Unterteilung hervorgegangenen Wohnungen gesorgt haben soll, indem diese über einen hinter der Eingangstür zum Treppenhaus gelegenen gemeinsamen Windfang betreten werden. Bei der von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG geforderten umfassenden Interessenabwägung müsste ggf. auch in den Blick genommen werden, dass sich ein dauerhafter Leerstand für die gesamte Anlage - und damit auch für die Kläger - als nachteilig erweisen kann.

3. Das Urteil stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Berufungsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Selbst wenn nämlich ein Anpassungsanspruch gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bestehen sollte, dürfte der Beklagte ihn dem Unterlassungsanspruch nicht als Einrede entgegenhalten.

a) Nach einem Beschluss des Senats vom 13. Juli 1995 (V ZB 6/94, BGHZ 130, 304, 312 f.) kann ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung nicht im Wege der Einrede geltend gemacht werden; denn die in der Gemeinschaftsordnung getroffene Regelung gilt, solange sie nicht durch eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer oder durch Ersetzung der Zustimmung durch Richterspruch abgeändert ist. Diese Ausführungen bezogen sich auf ein Beschlussanfechtungsverfahren, das die Erhebung einer Sonderumlage zum Gegenstand hatte; im Wege der Einrede wurde die Unbilligkeit des Kostenverteilungsschlüssels geltend gemacht.

b) Im Anschluss daran wird vertreten, dass der Anpassungsanspruch des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG allgemein nicht im Wege der Einrede geltend gemacht werden dürfe (Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 4. Aufl., § 10 Rn. 226). Nach anderer Ansicht darf eine solche Einrede zwar nicht in Beschlussanfechtungsverfahren, wohl aber gegenüber anderen Ansprüchen, etwa einem auf § 1004 BGB gestützten Beseitigungsverlangen, erhoben werden (vgl. OLG Hamburg, ZWE 2002, 186, 187; Bärmann/Suilmann, WEG, 13. Aufl., § 10 Rn. 162; für grundsätzliche Zulässigkeit der Einrede BeckOK WEG/Dötsch, 33. Edition [1.1.2018], § 10 Rn. 328 ff.).

c) Richtigerweise kann auch einer Unterlassungsklage, mit der sich Wohnungseigentümer - wie hier - gegen die zweckwidrige Nutzung einer Einheit wenden, nicht im Wege der Einrede entgegengehalten werden, dass der Beklagte die Änderung der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Nutzungsregelung beanspruchen kann. Berechtigte Anpassungsbegehren müssen nämlich in der Gemeinschaftsordnung umgesetzt werden, damit klar und eindeutig ist, welche Vereinbarungen im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander gelten. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn man den Anpassungsanspruch im Wege der Einrede geltend machen dürfte. Die Unterlassungsklage würde zwar wegen des bestehenden Anpassungsanspruchs abgewiesen; die Änderung der Gemeinschaftsordnung unterbliebe aber. Es stünde auch nicht rechtskräftig fest, dass der Anpassungsanspruch besteht, weil sich die Wirkungen der Rechtskraft

nicht auf Einreden erstrecken (vgl. Senat, Urteil vom 13. November 1998 - V ZR 29/98, ZfIR 1999, 20, 21; Zöller/G. Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., vor § 322 Rn. 34a; MüKoZPO/Gottwald, 5. Aufl., § 322 Rn. 108). Liefse man die Einrede zu, würden zudem die übrigen Wohnungseigentümer durch die eigenmächtige Nutzungsänderung in die Klägerrolle gedrängt. Grundsätzlich muss aber derjenige, der gegen den Willen der übrigen Wohnungseigentümer die Anpassung der Nutzungsregelung erreichen will, eine darauf gerichtete Klage erheben und darf die neue Nutzung erst dann aufnehmen, wenn er ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Gunsten erstritten hat. Bis dahin muss die bislang geltende Gemeinschaftsordnung beachtet werden, so dass Nutzungen, die den darin vereinbarten Zweckbestimmungen widersprechen, unterbleiben müssen. Wie zu verfahren ist, wenn der Beklagte in einem Verfahren wie dem vorliegenden eine auf Anpassung der Gemeinschaftsordnung gerichtete Widerklage erhebt (vgl. dazu Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 4. Aufl., § 10 Rn. 226), bedarf hier keiner Entscheidung.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO